1-80 D.upl.

COMPENDIO

DE LAS VARIAS RESOLUCIONES

DE

ANTONIO GOMEZ,

En que se contiene todo lo substancial de estas, y se ponen muchas notas de las mas útiles é importantes del Atillon y Suarez con otras diversas no ménos necesarias que comprueban, ilustran, corrigen ó explican la doctrina epitomada: habiéndose tenido presentes para unas y otras las novedades introducidas en nuestro Derecho Hispánico, ya por la práctica contraria, y ya por las órdenes, cédulas, pragmáticas y decretos que hasta el dia se han promulgado.

COMPUESTO EN OBSEQUIO DE LOS JÓVENES FACULTATIVOS

POR EL LICENCIADO

DON JOSEPH MÁRCOS GUTIERREZ,

Abogado de los Reales Consejos.

MADRID: MDCCLXXXIX.

EN LA IMPRENTA DE DON BENITO CANO.

Con las licencias necesarias.

Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Rey Juan Carlos

1-80 Dupl.

COMPENDIO

DE LAS VARIAS RESOLUCIONES

DE

ANTONIO GOMEZ,

En que se contiene todo lo substancial de estas, y se ponen muchas notas de las mas útiles é importantes del Atillon y Suarez con otras diversas no ménos necesarias que comprueban, ilustran, corrigen ó explican la doctrina epitomada: habiéndose tenido presentes para unas y otras las novedades introducidas en nuestro Derecho Hispánico, ya por la práctica contraria, y ya por las órdenes, cédulas, pragmáticas y decretos que hasta el dia se han promulgado.

COMPUESTO EN OBSEQUIO DE LOS JÓVENES FACULTATIVOS

POR EL LICENCIADO

DON JOSEPH MÁRCOS GUTIERREZ,

Abogado de los Reales Consejos.

MADRID: MDCCLXXXIX.

EN LA IMPRENTA DE DON BENITO CANO.

Con las licencias necesarias.

Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Rey Juan Carlos

AL LECTOR.

Muy ageno estaba yo, quando ha nueve años formé este compendio, de que pretenderia en lo sucesivo darlo á la luz pública. Conociendo quan precioso es el tiempo, y quanto debemos sentir y llorar su lastimosa pérdida, fué mi único objeto en su formacion el de tener algun incentivo para ocupar mucho de aquel en el estudio de la facultad que profeso, mediante á que retirado entónces por justas causas del pueblo en donde adquirí mis cortos conocimientos científicos, me hallaba en otro que solo inspira amor á la detestable ociosidad, ó á ocupaciones incompatibles con las literarias: faltando personas con quienes conferenciar y adelantar en la noble y vasta ciencia de la Jurisprudencia. En esta atencion, aun quando mis talentos (limitados á la verdad) hubiesen sido muy capaces, no podia emprender asunto mas noble, ni mas importante, para los que son indispensables una rica biblioteca é innumerables consultas á Letrados doctos y prácticos, segun los tiene con especialidad el ilustre Colegio de esta villa de Madrid.

Como mi ánimo pues en la composicion de esta pequeña obra fué el mencionado, no imaginé ofrecerla al público, hasta que habiéndola visto algunas personas instruidas, me estimuláron y aun persuadiéron á que solicitase imprimirla, con muchas y en mi concepto eficaces reflexìones: haciéndome presente entre otras cosas la mucha aceptacion que con evidente utilidad de los jóvenes facultativos han obtenido y obtienen los compendios,

 que

Universidad Rey Juan Carlos

que se han publicado de los comentarios del Gomez á las 83 leyes de Toro, cuya doctrina no es mas necesaria, mas útil, ni mas apreciable que la de las *Varias*: como asimismo que habiendo epítomes de aquellos, seria muy acomodado y oportuno lo hubiese tambien de estas. Con este motivo trabajé quanto me fué posible en corregir y perfeccionar mi obra, añadiendo á las anteriores algunas notas indispensables en virtud de haberse publicado sobre la materia órdenes ó pragmáticas muy recientes, y procurando no omitir nada de todo lo que pueda hacerla útil á los jóvenes facultativos, por quienes principalmente la doy á la prensa.

Aunque el Antonio Gomez escribió sus *Varias* en idioma latino, he tenido á bien formar en el nuestro este compendio, siguiendo el exemplo de otras naciones, que siempre escriben lo respectivo á su jurisprudencia en la nativa lengua, y conformándome con el parecer de los eruditos que conceptuan lo contrario muy extraño y reprehensible. Además tengo observado que complacen mucho mas á los jóvenes facultativos las obras en castellano, del qual y no de otro idioma han de servirse, quando se les ofrezca hablar de nuestra jurisprudencia.

He puesto conato en que el estilo de esta obra sea puro, y el ménos baxo segun permiten la materia y el forzoso encadenamiento de innumerables especies en pocas palabras, á fin de que su estudio sea ménos tedioso ó mas grato, y se logre por consiguiente mayor aprovechamiento. Enlazo, si no me engaño, todas las especies con el debido órden, quebrantando el del Autor quando lo juzgo conveniente, para evitar fastidiosas repeticiones y la dilacion del

Universidad Rey Juan Carlos

del compendio sin ningun aumento en la substancia; aunque á la verdad no he tenido inconveniente en extenderlo alguna cosa mas, por explicarme con la claridad posible, de modo que no sea necesario ocurrir al original para la inteligencia de lo que se dice, segun suele suceder y tengo experimentado en otros compendios. Y como nuestro Antonio Gomez suele apoyar cada uno de sus dictámenes en muchas razones, traslado al compendio las que me parecen mas poderosas, ó las que no se hallan trasladadas en otra parte, por cuyo último medio he conseguido, si bien se repara, que se hallen en mi obra sin ampliarla todos ó casi todos los fundamentos del Autor. En esta atencion procurará el estudioso aplicar las razones en que se apoyan unas sentencias, á otras diversas en que aquellas tengan cabida.

Por si se apetece ver en el original las doctrinas del compendio, cito entre paréntesis los correspondientes números de aquel: haciendo mencion al mismo tiempo de todas las leyes de partida y recopilacion que cita nuestro Autor, aunque como del ordenamiento y fuero real estas últimas, por haberse formado aquella posteriormente.

De las notas del Suarez traslado con brevedad algunas muy pocas que me han parecido mas apreciables; y de las innumerables adiciones del Aillon traslado asimismo en pocas palabras un regular número, habiendo leido aquellas con reflexion muchas veces para elegir las mas importantes é útiles; ya porque advierten alguna derogacion de derecho, ya porque hacen ver alguna innovacion de la práctica, ó ya por las especies que contienen. Y por lo que res-

Universidad Rey Juan Carlos

respecta á mis notas, expongo pasageramente en las mas de estas muchas alteraciones que ha padecido la doctrina del Gomez por la contraria práctica, y aun mas por virtud de leyes, órdenes ó pragmáticas posteriores al tiempo en que escribió: explicando en las restantes algun pasage obscuro del Autor, ó impugnando alguna opinion suya, quando conceptuo mas sólida la contraria. Fuera de estas notas, ayudado del derecho natural y de la política, que han sido objeto de mis tareas por su importancia é inclinacion mia, hubiera querido poner otra sobre muchos puntos generalmente de lo criminal, en que á mi ver es digna de reforma nuestra Jurisprudencia; pero me he abstenido de ello, así por no dilatar el compendio, como porque podria increparseme que no contento con *hacer el papel de Jurisperito, hiciese al mismo tiempo el de Político.*

En vista de lo expuesto acaso podrá merecerse algun aprecio mi compendio y ser importante su estudio. No ignoro hay eruditos que fundadamente abominan los compendios; pues tratándose en ellos su argumento con superficialidad, nada aprenden á fondo los estudiantes, y pierden lastimosamente el tiempo, dexando de ver los AA. que por tratar las materias doctamente, es indispensable estudiar; pero no creo que el insinuado aborrecimiento de los sabios facultativos pueda ser respectivo á un compendio de las mencionadas qualidades que estan patentes en el mio, y que por tanto puede instruir radicalmente.

Demas hay otro fundamento grave que puede hacer mas recomendable mi obra. Fué sin duda nuestro Antonio Gomez varon doctísimo en la Jurispruden-

cia,

Universidad Rey Juan Carlos

cia, habiendo sido sus tratados una copiosa fuente, en donde bebiéron los mas grandes hombres que han escrito posteriormente de aquella facultad, y siendo recomendados en esta consideracion por los Maestros á los jóvenes como indispensables y precisos; pero es evidente, segun he oido á Letrados eruditos, que á causa de su baxo estilo, de su mal método, de las repeticiones inútiles y mucha teórica que se encuentran en ellos, es muy fastidioso su estudio para los jóvenes, quienes no hacen en dichos tratados el suficiente por los expresados motivos, ó los abandonan fácilmente.

Disimulará el lector en una persona de instruccion limitada la expuesta crítica contra tan docto Autor. A Pomponio, á Cayo, á Papiniano, á Celso, á Ulpiano y demas jurisconsultos antiguos no faltó en que tildarles. Demóstenes y Marco Tulio los mas célebres oradores: Homero y Virgilio los mas decantados Poetas de la Grecia é Italia: Platon y Aristóteles los mas aplaudidos Filósofos: Tito Livio y nuestro Mariana los mas selectos Historiografos; y así de los mas eminentes en todas las facultades que era fácil recorrer: todos fuéron acusados de grandes defectos.

De estos no dudo que abundará mi compendio, por haberme faltado las qualidades necesarias para su formacion; pero si no obstante puede aquel utilizar á los jóvenes facultativos, tendré en ello suma complacencia, y careceré del grave dolor de haber aumentado el crecido número de obras inútiles con que diariamente se fatigan las prensas.

TA-

Universidad Rey Juan Carlos

TABLA

De los Capítulos que comprehende esta obra.

PARTE PRIMERA.

CAP. I. *De las herencias que se desfieren abintestato.* Pág. 1.
CAP. II. *De la sucesion universal por testamento.* 7.
CAP. III. *De la substitucion vulgar.* 13.
CAP. IV. *De la substitucion pupilar.* 20.
CAP. V. *De la substitucion fideicomisaria.* 26.
CAP. VI. *De la substitucion exemplar.* 45.
CAP. VII. *De la substitucion compendiosa.* 49.
CAP. VIII. *De la substitucion breviloqua.* 51.
CAP. IX. *De la transmision de la herencia.* 52.
CAP. X. *Del derecho de acrecer.* 62.
CAP. XI. *De la sucesion contra el testamento.* 74.
CAP. XII. *De los legados.* 87.

PARTE SEGUNDA.

CAP. I. *De las personas que pueden ó no contraher.* 1.
CAP. II. *De la compra y venta.* 2.
CAP. III. *De la locacion y conduccion.* 37.
CAP. IV. *De la donacion.* 50.
CAP. V. *De la sociedad.* 62.
CAP. VI. *Del contrato de mutuo.* 67.
CAP. VII. *Del comodato y del depósito.* 73.
CAP. VIII. *De los contratos innominados.* 76.
CAP. IX. *Del contrato verbal.* 78.
CAP. X. *De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.* 82.
CAP. XI. *De las qualidades de los contratos.* 89.
CAP. XII. *De los dos reos.* 99.
CAP. XIII. *De los fiadores.* 133.
CAP. XIV. *De la restitucion de los menores.* 144.
CAP. XV. *De las servidumbres.* 162.

PARTE TERCERA.

CAP. I. *De varios géneros y especies de delitos.* 1.
CAP. II. *Del crímen de lesa Magestad Divina y Humana.* 25.
CAP. III. *Del homicidio.* 29.
CAP. IV. *De la violencia.* 51.
CAP. V. *Del hurto.* 52.
CAP. VI. *De la injuria.* 57.
CAP. VII. *Del crímen de estelionato.* 63.
CAP. VIII. *Del destierro.* 16.
CAP. IX. *De la captura de los reos.* 65.
CAP. X. *Quando ha de gozar el reo de la inmunidad eclesiástica y del privilegio de la prima tonsura.* 69.
CAP. XI. *De qué manera se formaliza la acusacion.* 71.
CAP. XII. *De la prueba de los delitos.* 75.
CAP. XIII. *Del tormento y quando se ha de usar de él.* 85.
CAP. XIV. *De la confiscacion de los bienes del delinqüente.* 100.

VA-

Universidad Rey Juan Carlos

VARIAS RESOLUCIONES DE ANTONIO GOMEZ.

TOMO PRIMERO.

DE LOS TESTAMENTOS.

CAPITULO PRIMERO

De las herencias que se defieren abintestato.

1 Tres líneas suelen constituir los Jurisconsultos con respecto á las sucesiones abintestato: línea de descendientes, línea de ascendientes y línea de colaterales. En este lugar se trata únicamente de la primera, porque de la segunda tiene hablado nuestro autor en la exposicion de la ley 6 de Toro, y de la tercera en la exposicion de la ley siguiente (*núm.* 1.).

2 Muriendo alguna persona abintestato, sea varon, ó sea hembra, le suceden por todos derechos sus hijos de uno y otro sexô, bien se hallen constituidos en la patria potestad, bien emancipados, igualmente y sin preferencia alguna con exclusion de otros qualesquiera (*). Y entónces habrá lugar á es-

(*) La legítima tomada absolutamente proviene del derecho natural, aunque su quota dimane del positivo, y por con-

Universidad Rey Juan Carlos

esta sucesion, quando los hijos adan ó pidan la herencia dentro del término prefinido por la ley, ó quando esto mismo haga otro en su nombre, siempre que la ratificacion de aquellos intervenga en el mencionado tiempo, segun sucede, apelando una persona por otra, ó retrayendo un extraño por un consanguíneo; pues en uno y otro caso la aprobacion de aquel, en cuyo nombre se apela ó se retrae, ha de verificarse en el término señalado para apelar, y en los nueve dias concedidos para retraer (*nn. 2 y 3.*).

3 Se funda la preferencia que tiene el hijo al abuelo, sin embargo de hallarse tambien en el primer grado (aunque de la línea ascendental) en que aquel representa la persona de su padre premuerto, de cuya sucesion se trata, pareciendo una misma persona con éste, y perpetuando su memoria por la substancia que de él recibió en la generacion, cuyas ficciones no pueden admitirse en el padre respecto del hijo difunto: infiriéndose de esta doctrina que si muere con ascendientes alguna persona, cuyo hijo se halla en algun Monasterio, ha de sucederle éste, porque ocupa el lugar del hijo, como tambien que si fallece algun Religioso, debe heredarle el Monasterio, sin embargo de que tenga padres: *núm. 4.* y siendo digno de advertir que la expuesta identidad de personas dió fundamento á las leyes para introducir en las de los hijos la suidad, sus privilegios y efectos, la transmision de la herencia y la continuacion de su dominio (*núm. 6. al princip.*).

4 Quanto hemos dicho de los hijos, no solo se entiende de los nacidos ántes de la muerte del padre, si-

consiguiente las facultades regias, que se conceden freqüentemente en España para fundar mayorazgos en perjuicio de la legítima de los hijos, deben concederse dexando á estos los competentes alimentos (Letra A.).

Universidad Rey Juan Carlos

sino tambien de los póstumos, á los quales por razon de la aptitud y potencia que tienen para hallarse en la potestad de sus padres, si viviendo estos naciesen, les conceden y reservan las leyes para despues de su nacimiento todos los derechos y privilegios mencionados, considerándolos nacidos en órden á todo lo que pueda serles favorable: *dic. núm.* 6. pero esta doctrina solamente tiene lugar, concurriendo en el póstumo las circunstancias de nacer todo vivo, de vivir veinte y quatro horas, de ser bautizado y de nacer en tal tiempo, que segun el del matrimonio y el de la ausencia del marido, se conceptue parto legítimo: porque la *ley* 13 *de Toro* (que es la 2. *tít.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.*) previene que de otra suerte sean habidos los hijos por abortivos, y que no puedan heredar á sus padres ni demas ascendientes (*núm.* 7.) (*I*).

5 Estas circunstancias son dignas de atencion, no obstante de que el hijo muera despues de haber vivido las veinte y quatro horas, porque verificadas, como que exîste heredero *ipso jure* mediante la suidad, y no habiendo lugar á ésta, por tratarse de suceder á la madre ó abuelos maternos, como que puede adir por medio de su curador de bienes, haciéndose de consiguiente los bienes suyos en ambos casos, podrán venderse para sus alimentos y otras cosas necesarias: deberán sucederle la madre y abuelos maternos excluidos los hijos y descendientes del padre difunto: no tendrá entrada el fisco, aun muriendo el padre sin descendientes, ascendientes ó cola-

(*I*) Este núm. se ha epitomado con arreglo á lo que previene la citada *ley* 13, sin atender á lo que en él expresa el autor; pues si aquella se mira con reflexîon, se advertirá que procedió equivocadamente en su inteligencia.

Universidad Rey Juan Carlos

laterales dentro del décimo grado (*I*); y finalmente si por ventura algun hijo ó hija hubiere renunciado la herencia de su padre con juramento, en cuyo caso es válida la renuncia, podrá aquel ó aquella suceder al hijo de que se habla aun en los bienes paternos (*n.* 8.).

6 A falta de los hijos suceden los nietos, viznietos y demas descendientes sin límites *dic. núm.* 8. *vers. Sed postquam*, *y num.* 15. *in stirpes* y no *in capita*, por quanto vienen representando las personas de sus padres premuertos, y ocupando el grado que estos ocupaban: bien sucedan solo los nietos de diferentes hijos, ó bien sucedan los nietos con algun tio suyo hijo ó descendiente de aquel á quien se trata de heredar: de modo que si de dos hijos difuntos uno de-

(*I*) Segun la ley sexta *tít.* 13. *Part.* 6. han de suceder los colaterales hasta el décimo grado, despues el marido á la muger como por el contrario, y finalmente el fisco; pero muchos de nuestros AA. controvierten si esta ley de Partida se halla derogada por el derecho de la Recop. Unos afirman que conforme á las *leyes* 3. *tít.* 9 *y* 9. *tít.* 10. *lib.* 1. *de la Recop.* no habiendo colaterales dentro del quarto grado, se ha de admitir el fisco con exclusion así de los demas como del marido y muger: citando asimismo en contra de los consortes la *ley* 12. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* que despues de los tres órdenes de descendientes, ascendientes y colaterales llama al fisco sin hacer mencion de ellos. Otros, con cuyo dictámen me conformo, sostienen que el derecho de Partidas en nada se ha derogado por el de la Recop. Por lo que hace á los colaterales, ha de tenerse por cierto que todos los contenidos dentro del décimo grado pueden venir á la sucesion, pues si se admitieran tan solo los que se hallan dentro del quarto, haciendo el cómputo por derecho civil que rige en las sucesiones abintestato, no pasaria la sucesion de los primos hermanos, como observa D. Joseph Febrero; *Librería de Escribanos tom.* 1. *núm.* 229. Y aun es de mas consideracion la *Real Cédula de* 9 *de Octubre de* 1766 en la qual se dice: *he tenido á bien declarar por regla general, que para lo sucesivo en conformidad de lo dispuesto en las citadas leyes sexta tít.*

Universidad Rey Juan Carlos

dexase seis, y otro dos hijos, tanto percibirán estos como aquellos, porque lo mismo percibiria su padre, si hubiera vivido (*nn.* 12 *y* 13.).

7 Para que los nietos y demas descendientes, faltando la persona media, sucedan á sus abuelos, es indispensable que nazcan ó se conciban durante la vida de estos, *dic. num.* 8. *vers. Quod tamen intellige*; porque no exîstiendo al tiempo de la muerte del abuelo ó persona á quien se ha de suceder, no pueden tener la qualidad de suyos, agnados ó cognados, por la qual se defiere la sucesion (*núm.* 9.).

8 Dos casos pueden proponerse, en los que el descendiente se conciba despues de la muerte del ascendiente á quien se pretende suceder, y no se le

tit. 13. *lib.* 6. *y la doce tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop. y tambien en la sexta tit.* 13. *part.* 6. *toca el conocimiento &c.* y mas abaxo: *que verificado ser los bienes vacantes y mostrencos, evacuadas las solemnidades necesarias, los adjudiquen á mi Real Cámara, como mandan las citadas leyes &c.* cuyas palabras manifiestan evidentemente que dicha Real Cédula apetece se siga acerca de la sucesion lo dispuesto en la citada ley de Part. Y por lo que hace á los consortes, además de lo que acaba de exponerse, prueba Acevedo en la referida *ley* 12. *de la Recop.* que ésta se ha de entender en el caso de que el difunto no haya dexado consorte. *Véase al Aillon n.* 21. *vers. Ibi quartus y al citado* D. Joseph Febrero *en el mencionado lugar núm.* 231.

Novísimamente S. M. por Real resolucion que comunicó á la via de Hacienda en 18 de Agosto de 1779, y por su Real Decreto expedido en San Lorenzo á 27 de Noviembre de 1785, ha mandado que los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos de incierto dueño ó sucesor esten sin perjuicio de las regalías de S. M. á la disposicion del primer Secretario de Estado (que lo es actualmente el Excmo. y Dignísimo Señor Conde de Floridablanca) como Superintendente General de correos y caminos, para que se apliquen á la construccion y conservacion de estos, ú otras obras públicas de regadíos y policía, ó fomento de industria.

CA-

Universidad Rey Juan Carlos

le defiera la herencia. Uno de ellos es, quando muere el abuelo, dexando un hijo heredero por testamento ó abintestato, el qual miéntras deliberaba, tiene otro hijo, y despues repudia la herencia, en cuyo caso no puede el nieto suceder abintestato en la herencia del abuelo (*núm.* 10.).

9 Esta doctrina debe limitarse en el caso de que el nieto quiera suceder por la persona de su padre, mediante el derecho de transmision por la potencia de la suidad, de la sangre ó derecho de deliberar: como asimismo en la substitucion fideicomisaria en la qual es gravado el hijo á restituir á otro la herencia ó parte de ella, siempre que pueda valer el gravámen; pues entónces se entiende tácita la condicion, *si el gravado fallece sin hijos*, y excluyen al substituto los hijos y descendientes del gravado, aunque hayan sido concebidos despues de la muerte del testador, por ser presumible que así como éste quiso preferir el gravado al substituto, quiso tambien preferir todos sus hijos, mayormente si se expresase la mencionada condicion. Y no puede correr la expuesta doctrina en los demas derechos fuera de la sucesion de la herencia; como v. gr. en los honores y dignidades, en los contratos á los quales son llamados por el abuelo sus descendientes, segun suele hacerse en el enfiteusis, en el retracto ó derecho de tanteo, en los mayorazgos, ya sean fundados por contrato entre vivos, ya por última voluntad, en la mejora de tercio y quinto y gravámen en ella puesto, y últimamente en los feudos (*núm.* 11.).

CA-

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO II.

De la sucesion universal por testamento.

1 Aunque la última voluntad y disposicion del hombre haya de surtir efecto en el tiempo que ya no es dueño, es á saber, despues de su muerte; sin embargo es válida y se sostiene por benignidad y privilegio, bien instituya á uno ó á muchos, bien sea el testamento escrito ó nuncupativo (*núm.* 1.).

2 Para adquirir el dominio de las cosas contenidas en la herencia, defiérase por testamento ó abintestato, es suficiente la adicion, y no se necesita de la entrega de ellas, como sucede en los contratos, ya se trate de la enagenacion de una cosa solamente, ó ya se trate de la enagenacion de todos los bienes, *dic.* (*núm.* 1. *al fin.*) (*a*).

3 Si el testador instituye muchos herederos, uno de por sí y otros de un modo colectivo, como si dixese: *instituyo por herederos á Francisco y á los hijos de Pedro*; percibirán estos la mitad de la herencia, por te-

(*a*) Por la adicion del heredero se adquiere el dominio, mas no la posesion, exceptuando la quasi que se tiene en las cosas incorporales, la qual pasa al sucesor sin la aprehension. Tambien debe exceptuarse el caso en que el difunto poseyese con su ánimo y cuerpo ageno, v. gr. por medio de un colono; pues si éste continua la posesion en nombre del heredero, se le transfiere sin aprehender la cosa, *núm.* 3. Puede el Monasterio adir por sí solo la herencia dexada al Monge, aunque éste lo ignore, contradiga ó repudie; bien que para evitar litigios que puede originar la diversidad de opiniones, podrá el Monasterio compeler al Monge con penas á la adicion, *num.* 4. En los contratos se le transfiere el dominio á la Iglesia sin tradicion, *núm.* 5.

Universidad Rey Juan Carlos

tenerse en lugar de una persona, y aquel la otra mitad. Lo mismo sucede diciendo: *Antonio, sé mi heredero: Juan y Diego, sed mis herederos* (*núm.* 3.); bien que en muchos casos debe observarse lo contrario. El primero: si el testador añade alguna expresion, por la qual parezca que quiso sucediesen todos en partes iguales: v. gr. *Todos igualmente sean herederos.* El segundo: si en la institucion usa de alguna palabra distributiva: v. gr. *Antonio sé mi heredero y qualquiera de los hijos de mi hermano.* El tercero: si los llamados con palabra colectiva no habian nacido, como si dixera: *instituyo á Diego y al póstumo ó póstumos de María*; pues cada uno de estos percibirá tanto como Diego en uno y otro caso, porque se presume que el testador no los nombró por no haber podido. El quarto: quando instituye de un modo colectivo muchos herederos entre los quales hay lugar al órden de la naturaleza y del afecto, como si nombra por herederos á su hijo y á los hijos de éste; porque en este caso es de creer que no los llamó todos á un tiempo, sino por el órden sucesivo (*núm.* 4.). Y por no ser esto último verosímil en el caso de que el testador instituya al hijo y á uno de sus nietos solamente, mediante á que los demas quedan preteridos, suceden ambos á un tiempo: el primero en todos los bienes excepto el quinto, que hacen su legítima segun las leyes de Toro, y el segundo en aquel únicamente; pues aunque pudo el abuelo haberlo mejorado en el tercio y quinto, no se entiende que lo hizo, por no haberlo expresado (*dic. núm.* 4. *al fin*, *vers. sexto & finaliter.*).

4 La institucion de heredero se puede hoy poner en qualquiera parte del testamento, aunque sea de ciego, y de comun estilo de los Escribanos se pone en el fin, despues de los legados y fideicomisos; si bien antiguamente era necesario que se pusie-

siese en la cabeza de él (*núm.* 5.) (*a*) (*1*).

5 No es indispensable que el testador escriba ó exprese el nombre del heredero, pues siempre bastará que lo demuestre con alguna señal indubitable que á él únicamente pueda aplicarse, porque ésta hace las veces del nombre (*núm.* 6.) (*) (*b*): en cuya atencion si la ley ó estatuto requiere en algun acto expresion del nombre de persona ó cosa, ó exîge prin-

(*a*) Es válido el testamento sin institucion de heredero segun la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* y por ella es la mas comun sentencia, que lo que se dexa en los codicilos no necesita de confirmarse por la adicion de la herencia (*núm.* 8.).

(*1*) El ciego solo puede hacer testamento nuncupativo y en su otorgamiento han de intervenir precisamente cinco testigos, como lo expresa la ley 3 *de Toro* (2. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* que corrige la 14. *tít.* 1. *part.* 6. en quanto á decir que intervengan siete y un Escribano público. Los dichos testigos pueden ser no vecinos, y asistiéndoles las demas qualidades que se apetecen, y concurriendo Escribano, valdrá el testamento; pero si no asiste Escribano han de presenciar el otorgamiento ocho testigos, segun lo previene la citada *ley* 14. que no se halla emendada por derecho mas nuevo: debiéndose en este caso hacer publicacion y practicar las mismas diligencias que para los testamentos hechos verbalmente ó en cédula. Y sin embargo de que la mencionada ley previene que el Escribano y todos los testigos lo sellen y firmen, ó unos por otros, no se observa esta disposicion, y lo que se practica es, que uno de los testigos lo firme por el ciego, y el Escribano por sí, como hace en otro qualquiera, nombrándose los demas al fin de él, segun se executa en toda clase de instrumento, y estimándose por suficiente esta solemnidad. (D. Joseph Febrero *en su célebre Librería de Escribanos tom.* 1. *fol.* 166. *nn.* 214. *y sig.*).

(*) De la expuesta razon se infiere que si el testador preguntado por qualquiera Notario, si quiere que Francisco sea su heredero, responde que sí, valdrá la institucion. *Letra E.*

(*b*) Asimismo se infiere que la institucion hecha en una cédula privada, á la qual se refiere el testador en su testamento, será subsistente, siempre que no se dude de aquella (*núm.* 11.).

Universidad Rey Juan Carlos

principalmente alguna solemnidad por causa de demostracion ó certidumbre, basta que conste de la tal persona ó cosa por alguna señal indubitable ó equivalente al nombre, ya requiera la ley ó estatuto la referida expresion llanamente, ó ya para forma y validacion del acto; mas si la ley ó estatuto pide la dicha expresion, no por causa de demostracion y certidumbre, sino principalmente por forma substancial y validacion del acto, ha de intervenir precisamente (*núm.* 7.).

6 Si se instituye un heredero desde cierto dia ó tiempo, ó hasta cierto tiempo ó dia, no se hace aprecio de estos, y se reputa pura la institucion, porque, segun derecho, es imposible que una persona pueda morir en parte con testamento, y en parte abintestato (*núm.* 8.); bien que en el último caso si el testador dice que el instituido no sea heredero mas tiempo que el señalado, pasado éste deberá el tal heredero restituir la herencia al coheredero, si lo tiene, y sino á los herederos abintestato (*n.* 10.). Pero si el testador instituyere á Pedro hasta cierto tiempo, y despues de éste á Francisco por universales herederos, el primero corrido el término se halla obligado á restituir al segundo toda la herencia por fideicomiso: sosteniéndose de este modo la voluntad del testador, ya que por la repugnancia del derecho no se puede sostener directamente, segun se practica muchas veces (*núm.* 9.) (*I*).

7 Así

(*I*) En el dia, atendida la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* puede qualquiera morir en parte con testamento, y en parte abintestato, en cuyo supuesto no se halla obstáculo para instituir heredero desde tiempo cierto y hasta cierto tiempo, con el fin de que despues del tiempo y ántes que éste venga, se defiera la herencia á los herederos abintestato: infiriéndose de la derogacion del expresado principio, que si el

Universidad Rey Juan Carlos

7 Así como un heredero extraño puede ser instituido baxo una ó muchas condiciones, ya casuales, ya mixtas y ya potestativas, y hasta el cumplimiento de todas no puede adirse la herencia; asi tambien se puede instituir una persona desde un dia ó tiempo en un todo incierto, por dudarse no tan solo si exîstirá, sino quando ó en parte incierto porque se ignora únicamente quando, segun se verifica en la institucion hecha despues de la muerte de algun tercero, por ser incierto si al tiempo de la muerte vivirá el instituido; pues el tiempo incierto se tiene por condicion y se equipara enteramente á ella. Diximos *despues de la muerte de algun tercero*; porque si se hace la institucion desde el fallecimiento del mismo heredero, no se considera el tiempo y queda la institucion pura, mediante á que es cierto ha de exîstir el dia en vida del instituido heredero, por quanto viviendo uno principia á morir (*nn.* 11 *y* 12.).

8 El heredero instituido universalmente baxo condicion, sea hijo descendiente ó extraño, pendiente ella podrá administrar todos los bienes como curador de ellos, aunque lo repugnen todos los acreedores, y sea muy considerable el patrimonio, precediendo Decreto de Juez que está obligado á pres-

el testador instituye á un heredero en una parte de la herencia puramente, y en otra baxo condicion, obtendrán ésta los herederos abintestato, dexando de cumplirse la condicion, y no el heredero instituido contra lo que dice el Gomez (*n.* 12. *vers. Unum tamen*), ó la obtendrá el substituto, si por ventura lo ha dexado el testador en la parte dexada baxo condicion: todo lo qual ha de tenerse presente en la resolucion de muchos casos semejantes que pueden ofrecerse y trae el Autor en varias partes de este primer tomo, para que no siguiendo sus opiniones y doctrina ciegamente, resolvamos segun la simplicidad ó naturalidad (digámoslo así) de nuestro derecho con desprecio de muchas vanas sutilezas que religiosamente adoptáron los Romanos.

Universidad Rey Juan Carlos

prestar su autoridad (*núm.* 13.), y dando suficiente caucion fideyusoria de restituir la herencia con los frutos, si faltase la condicion á los herederos abintestato, al substituto ó á otro qualquiera, que segun derecho deba suceder: con advertencia que si falta el heredero, pendiente la condicion, sin embargo de que administre la herencia, no la transmite á sus herederos, porque esta circunstancia ningun derecho franquea para la transmision (*núm.* 14. *vers. Item adde quod.*).

9 Hallándose en la administracion de los bienes hereditarios el instituido baxo condicion, si ésta se verificase, aunque esté ignorante se hace verdadero heredero y señor de los dichos bienes, porque la detentacion que tenia en ellos, se convierte en posesion civil sin acto alguno. Lo mismo sucede aun no cumpliéndose la condicion, siempre que el instituido sea el mas próxîmo consanguineo á quien pertenece la sucesion abintestato, respecto á que en lo dependiente del ánimo, muy bien se convierte una disposicion en otra, y fácilmente el ánimo aplicado á una se trae á otra (*dic. núm.* 14.).

10 La facultad de poder administrar el instituido baxo condicion, pendiente ésta, los bienes que se le dexan, se extiende al caso de que tenga coheredero puramente instituido en alguna parte de la herencia; y no pidiendo aquel la administracion, se nombra por el Juez otro curador, segun todo se infiere de la *ley* 1. *tit.* 4. *part.* 6. que dispone no tenga el heredero instituido simplemente toda la herencia, sino tan solo su parte (*núm.* 15.).

CA-

CAPITULO III.

De la substitucion vulgar.

1 La substitucion se divide en vulgar, pupilar, fideicomisaria, exemplar, compendiosa y brebiloqua. De estas cinco últimas se habla en los capítulos siguientes, y en el presente de la primera, que se define: *segunda institucion directa que puede hacerse por qualquiera testador á qualquiera heredero*; como si habiendo aquel instituido por heredero á Pedro dixese: *si Pedro no lo fuese, sèalo Francisco.* Quando se hace á un extraño ó adulto, se llama *simple*, y quando se hace al impúbero que se halla en la patria potestad, se apellida *doble* por contener en sí la pupilar (*núm.* 1.). Tambien se dice hecha en el primer caso con respecto á la pupilar que se dice hecha en el segundo (*núm.* 2.). Esta substitucion vulgar no tan solo puede hacerse al heredero instituido, sino tambien al legítimo sucesor abintestato; v. gr. *instituyo á Juan, si mi legítimo heredero no quiere vindicar mi herencia*: de lo qual se deduce que aunque la disposicion testamentaria se prefiere á la de abintestato, con todo en el presente caso por la voluntad del difunto sucede lo contrario (*n.* 3.) (*I*).

2 Di-

(*I*) El Suarez *letra* C, y el Aillon en las adiciones á este n. opinan que en la referida cláusula se embebe una institucion condicional, y que el legítimo heredero no puede suceder sino abintestato; pero segun mi dictámen se hallan contenidas en la cláusula expresada una institucion tácita con respecto al legítimo heredero, mayormente si no es forzoso, y una substitucion vulgar expresa: porque el testador insinua claramente en sus palabras, que quiere sea preferido en su herencia su legítimo heredero, y que en caso de no serlo suce-

Universidad Rey Juan Carlos

2 Diciendo el testador: *instituyo á mi hijo ó á Francisco, y substituyo á Pedro*, por hacerse llanamente la substitucion, se entiende vulgar y no de otra especie; á no ser que se infiera lo contrario de las palabras é intencion del difunto, ó por la qualidad de la persona á quien se substituye pueda tambien comprehenderse la pupilar, como si el testador instituyese á su hijo impúbero, y substituyera á Juan: porque entónces la substitucion será vulgar expresa, no adiéndose la herencia; y muriendo el instituido en la edad pupilar despues de adida, será pupilar tambien expresa, segun acontece en la substitucion recíproca hecha á personas iguales, entre las que hay lugar á una y otra (*núm.* 4.).

3 Si el testador dice: *instituyo á Pedro heredero, y si no quisiere serlo, restituya la herencia á Francisco*, parece que no debe admitirse ni la substitucion vulgar ni la fideicomisaria, por la repugnancia que en sí contiene la mencionada cláusula; pues para la esen-

ceda Juan. ¿Y qué otra cosa ha de necesitarse para contemplar instituido al legítimo heredero, y decir que sucede por testamento en la herencia, que la voluntad evidente (aunque tácita) del difunto en la disposicion testamentaria? Parece absurdo el aseverar que el legítimo heredero no sucede por testamento, habiendo en éste manifestado su voluntad el difunto, de que sea preferido en la herencia. Nada obstan las palabras *instituyo á Juan* de que usó el testador; pues segun todos los AA. no deben atenderse los términos ni hacerse aprecio de ellos, estando conocida la voluntad del difunto. Tampoco obstan los textos del derecho Romano que aparezcan contrarios, por prescindir de ellos á causa de que entre nosotros no tienen fuerza por sí, segun el *auto* 1. *tít.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* Y es de advertir, que segun el Suarez en la nota citada, baxo las palabras de la dicha cláusula *mi legítimo heredero*, se entiende llamado únicamente el que obtiene el primer grado. *Puede verse al Autor en los nn.* 23 *y* 24, *los quales dexamos de compendiar, por suplir su defecto esta nota.*

Universidad Rey Juan Carlos

esencia y valimiento de la primera se requiere que el instituido no ada la herencia, y el substituto la perciba directa y autoritativamente, y para la esencia de la segunda, que aquel sea heredero y restituya despues la herencia á éste, en lo qual se halla muy manifiesta la oposicion. Pero sin embargo debe conceptuarse vulgar, porque en duda mas bien se presume ésta que otra qualquiera, sin que obste la palabra *restituya* de que usó el testador, mediante á que en el presente caso induce una restitucion de hecho y no de derecho (*núm.* 5.).

4 Si en un mismo testamento se substituye alguno vulgarmente y por fideicomiso, valen ambas substituciones, y el substituto podrá elegir aquella, en virtud de la qual quiera ser admitido, verificándose su caso; y lo mismo se entiende quando á estas substituciones se añade la pupilar (*núm.* 7.).

5 Dando el testador al heredero dos substitutos, uno vulgar y otro fideicomisario, como si dixese: *si Francisco no fuese mi heredero, séalo Pedro, y mando á Francisco que restituya la herencia á María*; deberá ser admitido Pedro con exclusion de María, muriendo Francisco en vida del testador, ó despues como sea ántes de la adicion de la herencia y compulsion de adir, y en el caso que no pudo aquella transmitirse: sucediendo lo mismo si expresamente repudia, y el fideicomiso no se reitera en la persona de Pedro; mas si se reitera en la persona de éste, ó Francisco ade la herencia, se preferirá María, y quedará excluido Pedro (*núm.* 8.).

6 Quatro son las especies de substitucion vulgar: la primera de un todo expresa que comprehende los dos capítulos de nolicion é impotencia general ó particularmente; v. gr. *si Luis no fuere heredero, ó no quisiere, ó no pudiere serlo, séalo Antonio* (*n.* 9. *vers. item quæro quod*).

7 La

Universidad Rey Juan Carlos

7 La segunda es en parte expresa y en parte tácita, como quando se exprime un solo capítulo ó caso; v. gr. *si Diego no quisiere ser heredero, séalo Pedro*: porque entónces, segun la disposicion de derecho se comprehende tambien el capítulo de impotencia, como por el contrario: todo conforme á la voluntad del testador, por ser verosímil que habiendo éste hecho la substitucion en un solo caso ó capítulo, la hubiera hecho igualmente en otros, si la memoria se los hubiese presentado. Por este fundamento la substitucion vulgar concebida en un solo caso particular é individuo comprehende otro semejante, y contiene la pupilar tácita, aunque sea con respecto al substituto del substituto: todo lo qual debe tambien decirse de la substitucion pupilar concebida en un solo caso individuo. Asimismo la substitucion exemplar hecha en un solo caso de furor, se extiende á otro; bien es verdad que siempre ha de explorarse la voluntad del difunto, á la qual de ningun modo podemos contravenir: en cuya atencion si el testador instituye por heredero á su hijo impúbero, expresando que si muere ántes de los diez años sea Francisco heredero, si por ventura muriese despues de los diez, aunque sea ántes de los catorce, no se admite Francisco, por repugnarlo la manifiesta voluntad del difunto que no quiso substituir fuera de aquel tiempo (*núm.* 10.).

8 En esta substitucion pupilar coartada se contiene la vulgar tácita, por ser aquella verdaderamente pupilar y tener lugar dentro del tiempo señalado, quanto se halla dispuesto en la pupilar plena y expresa de todo el tiempo (*núm.* 11.).

9 La tercera especie de substitucion vulgar es la expresa en género, como aquella que se contiene en la compendiosa ó brebiloqua, pues se juzga comprehendida en la generalidad de palabras, y tiene los efec-

Universidad Rey Juan Carlos

efectos de substitucion expresa (*núm.* 12.). Y la quarta especie de substitucion vulgar es la tácita en un todo, qual es la que se contiene en la pupilar expresa, no por la fuerza de las palabras, sino por la tácita voluntad del difunto y extension de la ley (*n.* 13.) (*a*).

10 Siendo el heredero instituido espurio, deportado ó incapaz por otro qualquiera capítulo, sucede el substituto vulgar con exclusion del fisco y de los herederos abintestato; y repudiando el instituido, de tal suerte se admite el substituto, que tiene entrada, aun quando aquel sea menor, y pueda ser restituido *in integrum*, ó sea hijo que se abstuvo de la herencia, y pueda revocar dentro de un trienio el hecho de haberse abstenido; porque la regla de que no se admita el substituto, pudiendo tener lugar el instituido, se entiende quando esto es por derecho comun y ordinario, y no por derecho especial y privilegiado (*núm.* 14.) (*b*).

11 Al hijo se puede substituir vulgarmente con respecto á su legítima, y podrá suceder en ella el substituto, no quando el hijo murió sin adir ó mezclarse en la herencia, sino quando la repudió ó se abstuvo; porque de esta suerte ningun perjuicio se infiere al hijo, y consiguientemente se juzga que ningun gravámen se le impone en su legítima (*n.* 21. *vers. Tertia principalis opinio.*).

12 En el tercio de sus bienes que puede el testador dexar á qualquiera de sus hijos ó nietos, no se admite la substitucion vulgar como en la legítima. Consiste la razon de diferencia en que solamente por

(*a*) Algunos modernos sostienen que en la substitucion pupilar no se comprehende la vulgar; y el Pichardo, que sigue la misma opinion, exceptua un caso (*núm.* 18.).

(*b*) Tambien se admitirá el substituto, no repudiando el heredero dentro del año que le concede la ley 2. tit. 6. part. 6. (*núm.* 23.).

Universidad Rey Juan Carlos

por favor del hijo no puede imponerse gravámen en ésta, y la substitucion que se haga no le es nociva; y en aquel no puede imponerse por favor de los descendientes, y en su defecto, de los ascendientes, y á falta de estos, de los consanguíneos, segun el órden que previene la *ley* 28 *de Toro*, que es *la* 11. *tít.* 6. *lib. de la Recop.* Pero aunque no tiene entrada en el tercio de los bienes la substitucion vulgar (como ni tampoco la fideicomisaria), mediante á que en virtud de ella se sucede al testador, por cuya disposicion no se puede conferir el tercio á un extraño, se admite la substitucion pupilar, á causa de que por ella se sucede al pupilo, y así como éste podria disponer del dicho tercio despues de adquirirlo, así tambien el padre en fuerza de la substitucion pupilar directa, que se considera testamento del hijo, mayormente quando aquel tiene facultades, haciendo la substitucion pupilar, para disponer de los bienes propios de éste, lo qual sin duda es de mas consideracion (*núm.* 22.) (*a*).

13 El derecho de la substitucion, su virtud y efectos no pasan á los herederos, sino es que aquel se halle unido con el derecho de acrecer, por quanto es un derecho condicional, el qual no es transmisible (*núm.* 29.).

14 No espira con la pubertad la substitucion vulgar tácita contenida en la pupilar expresa, ya ésta se haga llanamente, ya expresamente hasta el tiempo de la pubertad, ya con la modificacion de cierto tiempo ántes de la pubertad, ó ya se haga hasta mas dilatado tiempo despues de la pubertad; y así perpetuamente, y aun despues de haber corrido el

(*a*) Puede substituirse al hijo en la mejora del tercio vulgar, pupilar y exemplarmente; pero siempre observando el órden de la citada ley (*núm.* 32.).

Universidad Rey Juan Carlos

el cierto tiempo señalado, surtirá su efecto la substitucion vulgar, en el caso de no adirse la herencia. Fúndase esta opinion, además de otras varias razones que expresa el Gomez, en que la substitucion vulgar tácita no proviene de la pupilar expresa, sino de la disposicion de la ley y presunta voluntad del difunto: y en atencion á este fundamento y los omitidos, si el hijo impúbero llega a la pubertad en vida de su padre, ó éste le sobrevive, sin embargo de que en estos casos por derecho se extingue la substitucion pupilar expresa, no espira la vulgar tácita que en ella se contiene, sino es que el fallecimiento del padre se verifica en tal tiempo que lo tiene para mudar y no lo hace, pues no practicándolo habiendo visto que se extinguió la pupilar, parece que quiere cese y no se admita la vulgar tácita (*núm.* 30.) (*I*).

15 La substitucion pupilar inútil que hace la madre á qualquiera de sus hijos, ó el padre al hijo emancipado ó natural, ó á un extraño, contiene la vulgar tácita del mismo modo que la pupilar útil y válida, porque en ambas substituciones pupilares está evidente la voluntad del difunto, de la qual proviene en parte la substitucion vulgar, segun se dixo en el anterior. Nada obsta la inutilidad de la substitucion pupilar, pues sin embargo de que las cosas inmuebles de menores no se pueden enagenar por estos, sus tutores ó curadores sin decreto judicial, con todo, si el padre da licencia para enagenarlas en su testamento, aunque éste sea inválido, valdrá la

(*I*) Llama absurda con razon el Suarez, *letra* M, esta distincion ó excepcion que abraza el Autor al fin de este n. siguiendo á Bártulo, porque los fundamentos que expone aquel á favor de su opinion desvanecen toda la doctrina de éste; y prueban que aun en el caso exceptuado no espira la substitucion vulgar tácita.

Universidad Rey Juan Carlos

la enagenacion, mediante á que el acto nulo del difunto igualmente que el valido demuestra y prueba su voluntad. Tampoco obsta que la substitucion pupilar inútil hecha por la madre ó á qualquiera extraño se convierta en fideicomisaria, que es contraria á la vulgar, por quanto ambas pueden tener lugar en sus respectivos casos, es á saber, la primera adiéndose la herencia y muriendo el hijo dentro de la edad pupilar, la segunda no adiéndose aquella (*nn. 31 y 32.*) (*a*).

CAPITULO IV.

De la substitucion pupilar.

1 La substitucion pupilar es aquella que hace el padre al hijo impúbero en estos términos: *si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, substituyo á Diego.* La edad püpilar dura en el varon hasta los 14 años, y en la hembra hasta los 12, así con respecto á la presente materia, como con respecto al matrimonio, testamento y demas disposiciones de aquellos; bien que si legan los alimentos á cierta persona hasta que sea mayor, de mayor edad, ó tenga íntegra y perfecta edad, se entiende el legado hasta los 18 años en el varon, y hasta los 14 en la hembra (*núm. 1. ley 5. tít. 5. part. 6 y 31. de Toro, que es la 5. tít. 4. lib. 5. de la Recop.*).

2 Para la forma y validacion de la substitucion pupilar han de concurrir seis circunstancias: la primera que aquel á quien se hace, sea hijo ó descendiente del que substituye: la segunda que esté en su po-

(*a*) Si alguno se substituye para despues de algun tiempo ó con condicion, y el instituido es incapaz, gozarán de la herencia en el medio tiempo los herederos abintestato (*núm. 46.*).

Universidad Rey Juan Carlos

potestad: la tercera que sea impúbero: la quarta que se halle instituido ó desheredado legítimamente: la quinta que despues de la muerte del testador se haga padre de familias, y no recaiga en la potestad de otro; y la sexta que en virtud del testamento paterno se ada la herencia (*a*). De aquí se infiere que el testador no puede substituir pupilarmente al hijo emancipado, al natural, al consanguíneo, ni al extraño con mayor motivo; como tampoco la madre al hijo ó descendiente, por no hallarse en la potestad materna. Asimismo se infiere que el abuelo no podrá substituir pupilarmente á su nieto de su hijo casado y velado, porque habiendo este salido de la patria potestad, y teniéndose por emancipado, segun la *ley* 48 *de Toro*, que es la 8. *tít.* 1. *lib.* 5. *de la Recop.* no se hallará el nieto en la potestad del abuelo; mas reflexîonando que la citada ley requiere por forma que el hijo se case y vele para que se tenga por emancipado, si no interviene la velacion, podrá el abuelo dar substituto pupilar al nieto que se halla en su potestad, y se admitirá aquel, muriendo el hijo en vida del abuelo, por quanto de otra suerte el nieto recaeria en la potestad de su padre (*núm.* 2.).

3 Es valida la substitucion pupilar hecha al impúbero, que por ser capaz de dolo y haber cometido crímen digno de la desheredacion, es desheredado, no obstante que falte la expresion de causa, y aun tambien segun la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* la institucion universal en el testamento paterno (*núm.* 3. *vers. Hodie y núm.* 4.).

4 La substitucion pupilar inútil hecha por la madre, ó la que se hace al hijo emancipado, consanguí-

(*a*) Este requisito no es hoy necesario por la citada ley 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop. (*núm.* 4. *vers. Hoo requisitum.*)

Universidad Rey Juan Carlos

guíneo ó extraño se convierte en fideicomisaria, y en su virtud el heredero abintestato que sucedió al pupilo, tiene obligacion de restituir la herencia de la madre ó testador al substituto. Esta resolucion se comprueba con otras muchas semejantes que se hallan en el derecho. Quando se da substituto pupilar directamente en los codicilos, como por defecto de solemnidad no puede valer la substitucion directa, se obliqua y vale por derecho de fideicomiso. La institucion universal y directa contenida en los codicilos ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria, para que los herederos abintestato restituyan la herencia al instituido. El segundo testamento desvanece *ipso jure* el primero sin revocacion alguna, y si en aquel se aprueba éste, aunque la aprobacion no confirma directamente el primer testamento, induce un fideicomiso por el que ha de restituir el heredero del segundo testamento los bienes del testador al instituido en el primero. Pero es de advertir que por la substitucion fideicomisaria, en el caso de que principalmente hablamos, los bienes contenidos en ella no se hallan sujetos á restitucion, porque la substitucion pupilar directa se convierte en fideicomisaria, vistiéndose ésta de la naturaleza, qualidad y efecto de aquella, en cuyo lugar se subroga, y es constante que por la substitucion pupilar, ni el testador ni la ley impone al pupilo el gravámen de no enagenar, segun puede hacerlo aun en perjuicio del substituto con intervencion de causa justa y decreto del Juez á causa de su menor edad. En esta atencion tendrá lugar la substitucion fideicomisaria en los bienes del testador que se encuentren al tiempo del fallecimiento del pupilo, y habiéndose enagenado en el precio ó bienes adquiridos de nuevo que se subrogáron (*núm.* 6.).

5 La

5 La legítima se debe á los padres, no por derecho natural, sino por el positivo, y de aquí proviene que los ascendientes puedan renunciar sin juramento la herencia de sus descendientes: que entre aquellos no tenga lugar la colacion: que se pueda instituir al hijo natural excluyendo al ascendiente de su legítima conforme á la *ley* 10 *de Toro* (*hoy la* 8. *tít.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.*); y asimismo que el padre, mediante la substitucion pupilar y compendiosa, pueda excluir á la madre de la legítima que le corresponde en los bienes del hijo, segun la *ley* 12. *tít.* 5. *part.* 6. pudiendo el substituto percibirla y retenerla con seguridad de conciencia, sin embargo de que el hijo en su testamento no puede privar á la madre de su legítima, porque el padre no hace la substitucion en nombre del hijo sino en el suyo, disponiendo de los bienes de éste en fuerza de la patria potestad (*núm.* 7.) (*I*).

6 Pe-

(*I*) Abrazan esta opinion el doctísimo Señor Covarrubias (*cap. cum esses de testament.*), el Señor Gregorio Lop. (*ley* 7. *tit.* 5. *part.* 6. *glos.* 3.) y casi todos nuestros Regnícolas, pronunciándose con arreglo á ella á favor del substituto en los tribunales superiores é inferiores, de lo qual es un recomendable testigo el erudito D. Joseph Febrero en su Librería de Escribanos (*cap.* 1. *n.* 15.). Pero yo con la venia de tan ilustres AA. no puedo ménos de admirar que haya logrado tanta aprobacion una sentencia contra la equidad, destituida de toda razon, y casi desnuda de autoridad legal. La equidad clama eficazmente por los privilegios naturales y civiles de la maternidad, mayormente quando el grande Agustino (lo que no es tan considerable) no dexa salva la conciencia del que dispone de su hacienda á favor de un extraño en perjuicio de su hermano pobre, segun dice en el tercer tomo de su *práctica universal forense* (*fol.* 85. *núm.* 6.), y exclamó en estrados á presencia mia con la mas enérgica eloqüencia el Señor D. Francisco Antonio de Elizondo, Fiscal de lo civil en la Real Chancillería de Granada. Se halla destituida de toda razon la expre-

6 Pero esta doctrina no puede admitirse en la substitucion pupilar tácita, que no tiene la eficacia de excluir á la madre (*núm.* 8.), á no ser que haya presunciones para creer que el testador quiso excluirla. Por tanto se preferirá el substituto á la madre, si el testador expresó á presencia de varias personas no queria que su consorte y madre del pupilo percibiese cosa alguna de la herencia de este: si legó alguna cosa á su muger, expresando que con ella se contentase y no pidiera mas al substituto pupilar: si habia entre los dos enemistad por adulterio ú otro motivo; y si es substituto vulgar del impúbero un hermano de este é hijo del testador, ó por la substitucion pupilar tácita viene alguna causa pia (*núm.* 10); bien que por virtud de la substitucion pupilar tácita no se excluirá la madre, si pasa á segundas nupcias (*núm.* 11.).

7 El

presada sentencia, porque la substitucion pupilar, bien deba su ser á la costumbre, bien traiga su orígen de las leyes de las doce tablas, fué introducida en favor de los impúberos para evitar que los consanguíneos, á quienes pertenecia su herencia abintestato, no les privasen de la vida con el fin de sucederles ántes que llegasen á la pubertad, en cuyo tiempo podian hacer testamento desheredándolos; y ningun perjuicio se sigue á los pupilos de no privar de las legítimas á las madres, en quienes por el particular afecto que profesan á sus hijos, nunca es presumible la impiedad ó crímen que pueden cometer los parientes. Este fundamento aun es mas eficaz, si se considera, que los hijos en sus disposiciones testamentarias conforme á lo prevenido en la *ley 6 de Toro*, que es *la* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* forzosamente han de dexar á sus madres las dos terceras partes de todo su caudal, que componen la legítima: siendo así que por derecho Romano la legítima materna consistia solo en la quarta parte de lo que habian de heredar abintestato. Y aun en el caso de que sin embargo de lo dicho pueda concebirse alguna sospecha contra la madre, respecto de la otra tercera parte, puede muy bien el padre

Universidad Rey Juan Carlos

7 El padre que substituye puede gravar al substituto pupilar, ó al heredero abintestato del pupilo si no le dió substituto, así en la legítima como en los bienes propios del impúbero que obtuvo de su madre, ó adquirió por otros medios, por quanto uno y otro reciben beneficio considerable del testador: y no en otro caso será válido el gravámen que en el de que fallezca el pupilo ántes de la pubertad, y de consiguiente en el caso que surtió ó pudo surtir efecto la substitucion pupilar (*núm.* 12.).

8 Quando alguna persona instituye por heredero á su hijo impúbero dándole substituto en estos términos: *Si mi hijo fallece dentro de la edad pupilar, sea heredero Diego en tal cosa*, muriendo el pu-

pi-

dre prevenirlas, substituyendo en ésta á qualquiera persona al tiempo que á la madre en su legítima. Finalmente se halla casi desnuda de autoridad legal la referida opinion, porque la citada *ley de Part.* se derogó expresa ó tácitamente por la dicha *ley de Toro.* Segun ésta, los ascendientes legítimos por su órden han de suceder por testamento y abintestato á sus descendientes, y les han de ser legítimos herederos, como lo son estos de aquellos, *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar* :::::: de suerte que la ley exceptua este caso, y no el de la substitucion pupilar, llamando los ascendientes á la herencia de los descendientes. Y aunque el Gom. (en este n. *vers. octavo*) afirma que se habla de los substitutos pupilares en aquella expresion, *ó que hayan derecho de les heredar*, debe despreciarse como violenta y contraria á una buena gramática su interpretacion, reflexîonando que esta cláusula no puede dexar de hacer relacion á las palabras *hijos descendientes*, para distinguir los contenidos en ella, que son los hijos legitimados por el subseqüente matrimonio ó rescripto del Príncipe de los hijos legítimos, que anteriormente se mencionan. Esta interpretacion que se me ha ocurrido, y acaso adoptarán los eruditos Profesores, juntamente con lo que ántes tengo dicho, eleva, segun mi dictámen, al grado de probabilísima la opinion que favorece á la madre.

Universidad Rey Juan Carlos

pilo ántes de la pubertad, conseguirá el substituto todos los bienes así de éste, como del testador (*núm.* 13.) (*I*).

9 Diciendo el padre: *Si mi hijo impúbero fallece substituyo á Pedro*; será pupilar la substitucion, porque la palabra impúbero se pone dispositiva y condicionalmente, no para significar que en el tiempo de la substitucion era pupilo la persona á quien se hace, sino es que lo contrario se deduce de algunas conjeturas ó cláusulas puestas en el testamento, como si se dixese: *Si mi hijo impúbero fallece sin hijos, substituyo á Francisco*: en cuyo caso será compendiosa la substitucion, y por virtud de ella sucederá el substituto al pupilo en qualquiera tiempo que fallezca. Asimismo calificarémos de esta especie la que se haga, no con palabras condicionales como las anteriores, sino con palabras absolutas: v. gr. *Substituyo tal persona á mi hijo impúbero* (*núm.* 14.).

CAPITULO V.

De la substitucion fideicomisaria.

1 Llámase *substitucion fideicomisaria aquella, en cuya virtud queda alguno gravado á restituir la herencia ó quota de ella.* Puede definirse diciendo que es *cierta substitucion obliqua, ó restitucion de toda la herencia ó de alguna quota que ha de hacer el heredero aunque esté repugnante, mediante la qual el fideicomisario se hace heredero efectiva y útilmente* (*ley fin.*

(*I*) En conformidad de lo que expuse en mi nota última del cap. 2. arreglándome al Derecho Español, el substituto deberá contentarse con la casa expresada.

fin. tit. 5. part. 6.) (*I*). Dícese *fideicomisaria* por la fe ó palabra que daba el heredero gravado de restituir la herencia ó parte de ella: *obliqua*, porque el fideicomisario no percibe directamente los bienes hereditarios sino por medio del instituido: *de toda la herencia ó de alguna quota*, por quanto el gravámen respectivo á una cosa particular no induce la obligacion de adir, y la dexacion de esta en nada se diferencia de un legado: *que ha de hacer el heredero, aunque esté repugnante*, porque contra su voluntad se le compele á la adicion y restitucion (*II*); y finalmente dícese *mediante la qual el fideicomisario*, &c. á causa de que este, habiendo sido el gravado una vez heredero, en quien residen las acciones activas y pasivas y el dominio directo, solamente puede tener las acciones y el dominio útiles (*núm.* 1.) (*III*).

2 El heredero puede retener para sí la quarta parte de la herencia ó quota en que es gravado, para que con este incentivo no repudie la herencia (*ley fin. tit.* 5. *y ley fin. tit.* 11. *part.* 6.): en cuyo even-

(*I*) Vistas las notas que se pondrán en el discurso de este cap. conceptuo fácil el formar una definicion adaptable á nuestro derecho y conforme á nuestra práctica.

(*II*) Mediante á que segun nuestro derecho no es necesaria la institucion de heredero en el testamento, como queda advertido en la *letra* B, ni de consiguiente su adicion, no será precisado á adir el heredero, y el fideicomisario no necesitará de este medio para el fin de percibir la herencia, á cuya sentencia que siguen célebres AA. se inclina el Ayllon al fin del *núm.* 5.

(*III*) No adiendo el gravado sino es solamente el heredero fideicomisario conforme á lo prevenido en la nota antecedente, es regular que este adquiera las acciones y dominio directo, aunque en el caso de adir y restituir el gravado seria conveniente desterrar sus acciones y dominio directos como fútiles y fomento de disputas superfluas, segun desterró el Emperador en la *ley únic. C. de nud. jur. Quirit. toll.* el vano dominio *ex jure Quiritium*.

Universidad Rey Juan Carlos

evento todas las acciones, así activas como pasivas, se dividen entre el heredero y el fideicomisario con respecto á sus partes; transfiriéndose *ipso jure* en el fideicomisario la instancia principiada con el difunto sobre alguna cosa de la herencia, y por medio de la cesion la principiada con el heredero: teniendo este facultades ántes de la restitucion para reconvenir, admitir las pagas y comprometer los litigios en árbitros y arbitradores; y pasando al fideicomisario las virtudes y efectos de estos compromisos (*núm.* 2.) (*1*).

3 Así como haciendo testamento puede qualquiera imponer á su heredero el gravámen de que restituya la herencia ó parte de ella, puede abintestato imponer el mismo gravámen á sus herederos, teniendo lugar abintestato respecto de la substitucion fideicomisaria quanto lo tiene hecho testamento (*núm.* 4.) (*a*).

4 El

(*1*) Disputan los Doctores si despues de la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* que previene valgan los fideicomisos y todo lo demas sin la adicion del heredero escrito, tendrá lugar la deduccion de la quarta trebelianica. La opinion afirmativa es la mas seguida, aunque Cevallos (al fin de la *qüæstion* 30) afirma haber obtenido y practicado lo contrario (Aillon *núm.* 4.), que es lo que segun mi dictámen debe seguirse. El Senado Romano siendo Cónsules Pegasio y Prusio, determinó que el heredero gravado á restituir la herencia pudiera retener la quarta parte de ella, del mismo modo que por la *ley falcidia* era lícito al heredero deducir otra quarta parte de los legados. Sirvió de estímulo á esta determinacion el que los herederos gravados por el poco ó ningun lucro se excusaban á la adicion de la herencia, con cuyo defecto se invalidaban los fideicomisos; y habiendo cesado esta razon por la citada ley, debe cesar asimismo conforme á la regla del derecho la disposicion del Senadoconsulto y de las leyes de Partida mencionadas.

(*a*) Hay grande controversia entre los AA. sobre si despues

Universidad Rey Juan Carlos

4 El primer fideicomisario á quien se ha restituido la herencia, puede tambien ser gravado á restituir; y en tal caso se transfieren las acciones útiles en el segundo fideicomisario, y ningunas quedan en el primero (*núm.* 5.).

5 Hecha la restitucion real ó verbal competen al fideicomisario tres acciones, conviene á saber, la reivindicatoria, la accion por testamento y la hipotecaria; mas no habiéndose hecho la restitucion, no compete la reivindicatoria por no haberse transferido el dominio, del qual nace, sin embargo de que todo lo contrario sucede con respecto al legado ó fideicomiso particular: consistiendo la razon de diferencia en que si se traspasara el dominio y lo favorable en el fideicomisario universal, se transferirian asimismo los gravámenes contra su voluntad, lo qual es repugnante ántes de la restitucion. Tampoco compete la accion por testamento contra el heredero gravado ántes de la adicion, porque esta es el fundamento de la obligacion ó quasi contrato. La hipotecaria, sí compete contra el gravado así ántes como despues de la adicion, mediante á que no verificada esta compete el oficio del Juez, al qual puede adherirse la hipotecaria, siendo de un efecto considerable, si por ventura las cosas propias del heredero se enagenáron ántes de la adicion (*núm.* 7.).

6 Falleciendo el heredero gravado, bien sea ántes de la adiccion, bien sea despues, bien en otro qualquiera caso sin excepcion alguna, dura la substitucion fideicomisaria y se transmite á los herederos del

pues de la dicha *ley* 1. se conserve la substitucion fideicomisaria, no habiendo heredero ni por testamento ni abintestato, y el Pichardo (*in rep. tit. ff. de adquir. hæred. cap.* 30. *núm.* 15.) lleva que subsiste lo escrito en el testamento aunque ninguna adicion intervenga, pero que para pedir con las acciones directas es necesaria la adicion (*núm.* 6. *al fin.*).

Universidad Rey Juan Carlos

del gravado, segun se infiere de la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* en la qual se previene que valga y se observe todo lo contenido en el testamento, ya se ada ó no la herencia, y aunque no haya heredero escrito ó instituido; bien que no interviniendo adicion, como que no hay heredero que satisfaga los legados, se dará curador á la herencia yacente, y tendrá el mismo cargo (*núm.* 8.).

7 Muerto el fideicomisario ántes de la adicion y restitucion se transmiten á sus herederos el derecho y acciones que le competen, siempre que la substitucion se hubiese hecho pura; pues si se hizo condicional sucede lo contrario, y aunque el fideicomisario sea de los descendientes no transmite por la potencia de la sangre (*núm.* 9.).

8 El heredero gravado condicionalmente ó para cierto dia, no vedándolo el testador, se halla obligado despues de la restitucion á dar cuentas al fideicomisario, de lo qual se infiere que aquel ha de formar inventario como principal fundamento de ellas, y ha de dar á este una copia, en la qual aparezca que y quando debe restituirse, viniendo el tiempo ó verificándose la condicion (*núm.* 10.) (*I*).

9 Por dexar de hacer inventario el heredero no pierde la quarta trebeliánica del fideicomiso universal, y si lo hace le aprovechará al fideicomisario, quien gozará de sus efectos, útiles aunque no se le haga cesion, del mismo que haciéndolo por sí quando no lo hizo el gravado: y es de advertir que sin embargo de que este por defecto de inventario se halla obligado *in solidum* á los acreedores y legata-

(*I*) En el núm. sig. sostiene el Gom. la opinion de que el testador puede prohibir la deduccion de la quarta trebeliánica al gravado, de cuya sentencia no podrá dudarse en el dia, por lo que en mi nota anterior queda expuesto.

Universidad Rey Juan Carlos

tarios, no pierde lo que el difunto le debia, que puede deducir, retener ó pedir al fideicomisario (*núm.* 12.).

10 De dos modos puede hacerse la restitucion: realmente que es quando el heredero gravado ú otro en su nombre, v. gr. un procurador restituye de hecho las cosas hereditarias al fideicomisario, ó permite aquel que se posean; y verbalmente que se verifica, restituyendo el heredero la herencia y sus derechos solamente con palabras. En el primer caso pasa el dominio útil y la posesion plena al fideicomisario. En el segundo se transfieren el dominio y todos los derechos del difunto no la posesion, así como no se traspasa en el verdadero y directo heredero por la adicion verbal: y de aquí es que ántes de esta restitucion no puede el fideicomisario, por no habérsele transferido ningun derecho, reconvenir á los deudores del difunto y poseedores de las cosas hereditarias (*núm.* 13.).

11 Hecha la restitucion real ó verbal tan solo de una cosa, consigue el fideicomisario el dominio y demas derechos de todas las cosas hereditarias, segun sucede al heredero en quien la adicion particular se conceptua universal (*dic. núm. vers. Item adde quod*): y así como pasa el dominio por la restitucion verbal quando el difunto era señor, pasa tambien la accion publiciana quando no lo era y le competia (*dic. núm. vers. Item adde & extende*).

12 Adiendo el heredero y restituyéndose verbalmente la herencia al fideicomisario, le compete contra el tercero particular poseedor la accion universal y fideicomisaria peticion de la herencia, igualmente que compete al heredero directo la peticion de la herencia despues de la adicion, la qual causa en éste los mismos efectos que la restitucion verbal en el fideicomisario: y si el gravado ade y res-

Universidad Rey Juan Carlos

restituye plenamente la herencia, perdiendo el fideicomisario la posesion de algunas cosas, no usará de la peticion fideicomisaria de la herencia, porque del mismo modo que la peticion de la herencia no compete al heredero conseguida la posesion, no compete tampoco aquella al fideicomisario sino la reivindicatoria y publiciana en sus respectivos casos (*núm.* 14. *vers. Si verò hæres gravatus.*),

13 Unas veces ha de restituir el heredero gravado los frutos que percibió, y otras no debe restituirlos. Quando se percibiéron despues de adida la herencia presente y omiso el fideicomisario, ó estando la herencia yacente y despues adió el heredero voluntariamente, en cuyo caso se conceptua negligencia de parte del fideicomisario, no tiene aquel obligacion de restituirlos. Asimismo no la tiene quando los percibió por voluntad del testador, como si lo gravó á restituir condicionalmente ó en algun dia, porque entónces los computa en la quarta y no restituye los sobrantes; pero si se percibiéron los frutos despues de la adicion é intervino morosidad en el heredero para hacer el pago, deben computarse en la quarta restituyéndose los que resten: y si el heredero gravado hizo la restitucion á lo ménos verbal, ó se presenta caso en que la restitucion del fideicomiso se juzga hecha *ipso jure*, se deben los frutos percibidos despues al fideicomisario aunque haya sido moroso, como dimanados de cosa propia. Finalmente si los frutos se percibiéron vivo el testador, y se hallan en la herencia al tiempo de su muerte, vienen en la restitucion deducida la quarta, segun se ha de decir con respecto á los frutos pendientes al tiempo del fallecimiento: siendo de advertir, que mandando el testador se restituyan, ó manifestando ser esta su voluntad, han de restituirse indistintamente (*núm.* 15.).

14 Quan-

Universidad Rey Juan Carlos

14 Quando el heredero es gravado á restituir lo que restase de la herencia al tiempo de su muerte, puede libremente enagenar tres partes reservando la quarta (que asimismo podrá enagenar por causa de dote, donacion *propter nuptias*, redencion de cautivos, y por alimentos ó expensas que necesite), y dando la competente caucion al fideicomisario, quien en caso de enagenacion tiene facultad para reconvenir á los poseedores con las acciones reivindicatoria ó hipotecaria, aunque si en la especie propuesta ningunos bienes enagenó el heredero gravado, ha de restituirlos todos al fideicomisario sin deduccion de quarta, por no ser tal fideicomiso universal ni seguir su naturaleza (*núm.* 16.) (*a*).

15 Si el heredero gravado restituyó la quarta en vida al fideicomisario reteniendo los demas bienes, no podrá este despues de la muerte de aquel pedir lo que hubiese restado, por conceptuarse entre ellos un pacto tácito de no pedir mas: no siendo de omitir que si con el dinero que se halló en la herencia, ó se obtuvo con la venta de algunas cosas de ella, se compráron otras, vienen en la restitucion á causa de suceder el precio en lugar de la cosa y por el contrario en lo universal (*dic. núm. vers. Item adde quod si heres.*).

16 Siendo alguno instituido heredero con un pupilo, substituido pupilarmente á este y gravado en la restitucion de la herencia ó bienes, no han de venir en aquella los adquiridos por la substitucion pupilar, quando esta se hizo despues de haber hecho

(*a*) Menochio (*de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 188.) pone otros dos casos: el primero, quando el testador impuso al heredero llanamente el gravámen del fideicomiso, y entónces no puede enagenar: el segundo, quando le dió facultad libre para la enagenacion, por lo que podrá enagenar todos los bienes (*núm.* 18.).

Universidad Rey Juan Carlos

cho la substitucion fideicomisaria llanamente"; pero si esta se hizo despues de aquella, ó expresó el testador que el gravado habia de restituir todos los bienes que tiene y se le dexan, se comprehenden en la substitucion fideicomisaria así los del testador como los del pupilo (*núm.* 17.).

17 Si se instituyen muchos herederos dexándole á uno un prelegado, y gravándole en la restitucion de todos los bienes que tuvo del testador ó de otro modo semejante, se comprehenden en la substitucion fideicomisaria así el prelegado como los bienes hereditarios; pero tan solo se contienen estos, quando se substituye generalmente expresando que el heredero restituya la herencia ó parte de ella que se le ha dexado. Y si el testador dixo absolutamente que nombraba á Francisco por substituto de Pedro heredero sin declarar en qué bienes, es necesario inspeccionar si la substitucion se hizo despues de la institucion y prelegado, ó despues de aquella y ántes de este. En el primer caso además de la herencia viene el prelegado en la restitucion y no en el segundo (*núm.* 18. *ley* 6. *tít.* 11. *part.* 6.).

18 En el caso de que el heredero gravado á restituir su parte obtenga por derecho de acrecer la de su coheredero, viene aun esta en la restitucion, porque acreció no á la persona sino á la cosa, y por tanto la sigue (*núm.* 19.).

19 Quando el testador instituye muchos herederos é impone á uno el gravámen de que restituya su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente sino con respecto á las porciones en que el difunto los hubiese instituido, porque el afécto que le sirvió de incentivo en la institucion para dexarles mas ó ménos, se juzga concurrir en la substitucion de qualquiera especie que sea (*ley* 3. *tít.* 5. *part.* 6.). Mas esto ha de entenderse substituyendo el

Universidad Rey Juan Carlos

el testador con nombres apelativos (segun se presume siempre en duda), aunque denoten con sanguinidad, oficio ó qualidad de los instituidos; pues si se hace la substitucion usando de los nombres propios, v. gr. *restituya á Juan y á Diego*, ha de practicarse por partes iguales la restitucion, mediante á que se conceptua en este caso tener afeccion y respecto á las mismas personas y no á las porciones hereditarias como en el anterior: debiéndose inspeccionar quando en la oracion se exprimen los dos nombres propio y apelativo, quales el que precede (*I*). Tambien ha de hacerse la restitucion por partes iguales en el caso de que los substitutos hayan sido gravados igualmente á dar alguna cantidad, bien fuesen llamados con nombres propios, bien con apelativos (*núm.* 20.).

20 Haciéndose la substitucion vulgar á muchos herederos separadamente, v. gr. *Si Pedro no es heredero, séalo Diego: si Francisco no es heredero, séalo Diego*: alternativamente, v. gr. *Si Pedro ó Francisco no es heredero, séalo Diego*: ó distributivamente, como si se dixese: *Si alguno de ellos ó qualquiera de ellos no es heredero, séalo Diego*; y repudia ó es excluido alguno de los dos, aunque el otro ada, se admite el substituto en la parte de aquel, á no ser que los instituidos sean hijos y el substituto extraño, en cuya especie por favor de aquellos solo tiene este entrada, quando todos repudien ó sean excluidos. Pero si la substitucion se hace á muchos absoluta, copulativa ó unidamente, v. gr. *Si Pedro* y

(*I*) Aunque la distincion que aquí se admite con respecto á los nombres, fuese indubitable segun el Derecho Romano, deberiamos proceder hoy cautamente en admitirla, por quanto el fundamento en que se apoya, no puede desvanecer segun mi dictámen la solidísima razon expuesta anteriormente ni la determinacion de la citada ley de Partida.

Universidad Rey Juan Carlos

y Francisco no son herederos : si ninguno de ellos es heredero ; ó si ámbos no son herederos , séalo Diego ; ó con otras expresiones semejantes: se requiere necesariamente para la admision del substituto que todos los instituidos repudien ó sean excluidos , sino es que el testador prohiba el derecho de acrecer entre los instituidos : segun todo se colige de su voluntad y es conforme á reglas jurídicas (*núm.* 21.) (*I*).

21 Asimismo siendo la substitucion pupilar respecto de muchos hijos impúberos instituidos , debe seguirse la distincion antecedente : coligiéndose de ella que si son muchos los hijos del testador y á dos impúberos tan solo da substituto pupilar copulativa ó unidamente , falleciendo ántes uno de ellos le sucederán abintestato el padre ó sus hermanos. Mas si despues el otro impúbero fallece en la edad pupilar , podrá sucederle el substituto hallando en sus bienes la porcion que obtuvo abintestato de su hermano impúbero , y no entrará en las otras partes que percibiéron los demas hermanos y coherederos, por no quedar suspensa y haberse anulado la substitucion respecto del que primero falleció (*dic. núm. vers. Si verò loquimur in substitutione pupillari*); bien que si el substituto es hijo ó descendiente , sucederá al pupilo que falleció primero , excluyendo al hermano y coheredero por virtud de la substitucion pupilar , presunta voluntad del difunto y derecho de sangre (*dic. núm. vers. Quod tamen notabiliter*).

22 En la substitucion fideicomisaria se encuentra diversidad. Quando el testador instituye muchos here-

(*I*) En el vers. *Secundo limita* de este núm. dice el Gom. que sin embargo de ser el substituto causa pia , no se admite por la repudiacion de uno solo en el caso que segun acabamos de decir , es necesaria la exclusion de todos ; pero al fin del núm. 35. del cap. 3. afirma lo contrario.

Universidad Rey Juan Carlos

rederos y los grava á la restitucion separada ó particularmente : v. gr. *Instituyo por herederos á Juan y á Luis, y despues de la muerte de Juan restitúyase su parte á Felix, y despues de la muerte de Luis restitúyase su parte à Felix*; ámbas partes percibirá el substituto sucesivamente verificado qualquiera fallecimiento en todo caso y sin distincion alguna (*dic. núm. vers. Si verò loquimur*). Si substituye genérica y absolutamente como v. gr. *Instituyo á Juan y á Luis, y los gravo en que restituyan la herencia à Felix desdues de la muerte*; sucede lo mismo : infiriéndose que si dos personas á un tiempo y en un mismo instrumento donan para despues de su muerte á otra sus bienes, y llega á faltar una ántes que otra, se admitirá en sus bienes al punto el donatario. No obsta que suceda lo contrario en la substitucion vulgar. Consiste la razon de diferencia en que como esta se verifica ántes de adir la herencia, se juzga en duda que el testador quiso conservar entre los herederos el derecho de acrecer, el qual cesa en la substitucion fideicomisaria por verificarse adida ya la herencia (*dic. núm. vers. Si verò substituit simpliciter*). Pero esto no tiene lugar entre hijos y descendientes, por quedar persona que excluya al substituto segun la tácita voluntad del difunto (*vers. Quod tamen limita*). Y si el testador substituye copulativa ó unidamente: v. gr. *Instituyo á Manuel y á Fernando, y los gravo en que si ambos fallecen, restituyan la herencia á Pedro*; se ha de decir lo mismo que en el caso antecedente y con la expuesta limitacion, que tambien ha de limitarse, siempre que el substituto sea igualmente de los descendientes con arreglo á lo dicho al fin del núm. 21. (*vers. Si verò substituit copulativè.*

23 Además de lo expresado si el testador instituye dos hermanos ó consanguíneos entre los quales tie-

Universidad Rey Juan Carlos

tiene lugar la sucesion abintestato, y los grava en la restitucion á un extraño, no se admite este hasta que todos fallezcan, por creerse que el testador quiso conservar la sucesion abintestato. Lo mismo acontece, quando el marido y muger son instituidos y gravados á un tiempo en que restituyan la herencia despues de su muerte á otro, pues ha de esperar el substituto la muerte de ambos: debiendo esto limitarse si exîsten otros consanguíneos que puedan excluirlos; y siendo digno de advertir que para excluir al substituto la persona que queda, es necesario que pueda suceder por testamento ó abintestato al difunto de cuya voluntad se trata: porque si este instituyó algun extraño heredero, al punto se admite el substituto, mediante á que consta cesar la superior razon fundamental que lo excluiria (*vers. Ex quibus etiam*).

24 Y finalmente si el testador substituyó en toda la herencia ó bienes y despues de la muerte de todos (ambos requisitos se exîgen), como si diga: *Instituyo á Pedro y á Francisco herederos, y despues de la muerte de todos restitúyanse todos los bienes á Juan*; en todo caso y sin distincion se requiere que falten todos los herederos para admitir al substituto, porque de otra suerte no se le podrian restituir todos los bienes (*dic. núm.* 21. *vers. Si verò testator*).

25 En el caso que el substituto no se admite hasta que se verifique el fallecimiento de todos como en el anterior, se conceptuan los herederos entre sí substituidos tácitamente, siempre que el testador llana ó conjuntamente substituya para despues de la muerte de todos y en toda la herencia al último que muriese, por quanto este de otro modo no podria conseguir toda la herencia para su restitucion (*núm.* 22.).

26 La substitucion obliqua fideicomisaria se indu-

duce tácitamente por derecho á causa de la presunta voluntad del difunto; y así como para probar la expresa se requiere el legítimo número de testigos, tambien para probar las conjeturas de las quales se deducen; es á saber, siete tratándose de probar la voluntad y principal disposicion contenida en el testamento, y cinco para acreditar la comprehendida en los codicilos: lo qual no sucede quando se intenta justificar la declaracion, qualidad ó circunstancia de la misma disposicion (*núm.* 24. *vers. Substitutio tamen*) (*a*).

27 Instituyendo el testador por herederos á sus hijos varones y á uno de ellos ó á la hija en cierta cosa, y diciendo que si alguno falleciese sin hijos habia de restituir su parte al que sobreviviese, como toque esta suerte á uno de los instituidos universalmente, se admitirán solo los hijos varones y será excluida la hija, sino es que hubiese quedado sola: porque de su mayor afecto á los hijos, segun acredita la institucion universal, y de tenerse la hija en lugar de legataria, es presumible que comprehendió únicamente en la substitucion á los herederos universales, mayormente quando lo asignado á la hija no es quota que pueda conceptuarse repetida en la substitucion; bien que muerta la hija se admitirán todos sus hermanos (*núm.* 25.).

28 Es condicional la substitucion fideicomisaria hecha á favor de alguno para el tiempo de cierta edad que este ó algun tercero tenga, y de consiguiente muerto el fideicomisario ántes de aquella nada transmitirá á sus herederos; pero esto ha de entenderse quando el tiempo se aplica á la substancia y total disposicion, no quando se aplica á la pres-

ta-

(*a*) El Señor Castillo (*lib.* 4. *de sus controv. cap.* 19.) enseña con otros AA. que para probar la declaracion de la disposicion se requieren dos testigos (*num.* 26. *vers. Eumdem*).

Universidad Rey Juan Carlos

tacion ó execucion, en cuyo caso la substitucion es *in diem* y hay lugar á la transmision. Tampoco ha de entenderse expresándose el tiempo de la edad cierta por favor del fideicomisario, lo qual aparece de ser hijo y menor, y de dexársele toda la herencia, que en este supuesto transmitirá á sus herederos: infiriéndose de lo dicho que al punto que se verifique la muerte del testador, puede pedir el fideicomisario, y que se le ha de restituir con frutos (*núm.* 26.).

29 Asimismo es la substitucion *in diem* quando el mencionado tiempo se pone con respecto al heredero, y por tanto en qualquiera evento se transmitirá la herencia activa y pasivamente, aunque no pueda pedirse ántes del tiempo: con advertencia que todo lo expuesto en los nn. anterior y presente tiene lugar expresándose el tiempo de la edad mediante diccion que principalmente signifique tiempo, v. gr. *quando*: pues si se exprime por diccion que demuestre condicion ó tiempo de muerte, indistintamente y en todos los casos exceptuados será condicional la substitucion (*dic. núm.* 26. *vers. Tertiò limita*).

30 Gravando el testador al heredero en la restitucion de la herencia *quando este quiera*, es válida la substitucion, y tendrá obligacion de restituir despues de su muerte y no ántes, por interpretar el derecho que ántes no quiere, y faltarle la voluntad en el tiempo de su muerte (*núm.* 27.).

31 Si el testador dexa á alguna persona legado ó fideicomiso *quando llegue á edad legítima*; siendo el legatario ó fideicomisario pupilo, ha de llegar á ser púbero, y siendo adulto á ser mayor de 25 años (*núm.* 28.) (*a*).

32 El

(*a*) Por edad legítima se entiende la natural ó verdadera, no la fingida que el Príncipe concede ó dispensa (*núm.* 30.).

Universidad Rey Juan Carlos

32 El derecho de patronato que el difunto tenia en alguna Iglesia, permanece en el heredero gravado y no pasa al fideicomisario, por ser un derecho inseparable, religioso y sin cómodo pecuniario que no se transfiere en otro. Nada obsta que pueda traspasarse á un heredero extraño, porque no siempre tiene lugar la regla de quanto pasa á este pasa al fideicomisario. Asimismo no se traspasa al fideicomisario el derecho del sepulcro que puede transferirse en un extraño (*núm.* 29.).

33 Goza el fideicomisario del beneficio de la *ley fin. C. De edict. Divi Adr. toll.* en los casos particulares que la restitucion se hace *ipso jure*, y quando se ha restituido la herencia verbalmente, ó se ha hecho en efecto entrega de una cosa tan solo; pues entónces tiene el dominio y carece de la posesion, circunstancias sin las quales no puede competir el expresado remedio por ser *adipiscendæ* (*n.* 30.).

34 Quando el testador instituye por heredero universal á un hijo legítimo ó natural, ó á otro descendiente, ya sea varon, ya hembra, y lo grava llanamente en que restituya la herencia despues de su muerte á un extraño ó á otro descendiente del testador; se entiende gravado con la tácita condicion *si no tuviere hijos ó descendientes* (*ley* 10. *tít.* 4. *Part.* 6.), por presumirse que el difunto (quien es verosímil desee preferir su descendencia á la agena) no hubiera impuesto el expresado gravámen, si se hubiese acordado de los hijos (*a*). Lo expuesto tiene lugar aun en el caso de ser instituido un nieto y gravado á restituir su parte á un hijo del testador, que es-

(*a*) Si el padre instituye al hijo en todos los bienes ó en la mayor parte de ellos, y lo grava en la restitucion de una cosa no de mucho valor, siempre deberá hacerse (*núm.* 34. *al fin.*).

Universidad Rey Juan Carlos

está en mas próximo grado (*ley citada de Partida*): en cuya atencion la *ley* 27 *de Toro* (*hoy la* 11. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.*) que dispone puede gravarse el hijo ó descendiente mejorado en el tercio de los bienes, en que lo restituya á otro hijo ó descendiente, debe proceder quanto el tal gravado no los dexe. Y á similitud de las especies propuestas si un hijo ó hija renuncia con juramento la sucesion del padre ó la madre, teniendo estos otros hijos que falleciéron en vida de sus padres, el renunciante podrá suceder libremente abintestato y contra el testamento, á causa de contener la renuncia la condicion tácita *si los hijos sobrevivan* (*nn.* 32. *y* 33.).

35 Tambien se conceptua tácita la mencionada condicion siendo substituta alguna Iglesia ú otra causa pia (*a*), por ser mas favorable que está la causa de los hijos: debiendo extenderse la expuesta doctrina al caso que el gravado entre en algun Monasterio, el qual mediante á tenerse en lugar de hijo excluye al substituto (*núm.* 34.).

36 Pero no puede admitirse la doctrina de los nn. anteriores en el extraño y aun en el ascendiente gravados á restituir la herencia ó parte, porque respecto de estas personas cesan las razones alegadas y las autoridades en que se apoyan, y así aunque los gravados dexen hijos, les preferirá el substituto (*núm.* 35.).

37 Tampoco puede admitirse la doctrina expuesta y condicion tácita *si falleciese sin hijos*, quando el cargo de restitucion se impuso al gravado teniéndolos y sabiéndolo el testador, por lo que en este caso tendrá que restituir los bienes fuera de su legítima al substituto, sin que pueda desvanecer su de-

(*a*) Sino es que la dexacion se hizo por usurpaciones y descargar la conciencia (*núm.* 36.).

Universidad Rey Juan Carlos

derecho el sólido fundamento manifestado de que es verosímil quiera el testador preferir su descendencia á la agena, reflexîonando que este tiene lugar únicamente en los casos ambiguos, y no en los que presentan manifiestan la mente contraria del testador, segun se observa en el caso propuesto, pues no es creible en modo alguno desee preferir al substituto que menciona, los hijos del gravado que conoce y omite (*núm.* 36.).

38 No se puede admitir asimismo en el caso que el descendiente instituido sea gravado á restituir los bienes fuera de su legítima en vida, puramente ó despues de cierto tiempo; pues por la misma razon porque el testador quiso preferir el substituto al hijo gravado en su vida despues del tiempo preferido, se juzga que quiso preferirlo á sus descendientes nacidos ántes de la restitucion (*núm.* 37.): y aun es increible que el substituto ha de preferirse á las hijas del gravado segun la voluntad del testador, quando este le manda hacer la restitucion *si falleciere sin hijos varones* (*núm.* 38.).

39 Si el testador mejora en el tercio y quinto á un hijo instituido heredero, gravándole en que los restituya al nieto hijo único del mismo gravado, y este despues tiene hijos que dexa al tiempo de su muerte, sucederán juntamente con el substituto, no habiendo al tiempo del testamento verosimilitud ó esperanza de que nacieran, por creerse hecha la substitucion baxo la condicion, *si despues no nazcan otros hijos*; pero si la hubo ó al dicho tiempo tenia el hijo gravado otros hijos, vendrá el substituto con exclusion de todos (*núm.* 39.).

40 Expresándose en la substitucion fideicomisaria la condicion *si falleciere sin hijos*, excluirá regularmente al substituto el hijo tan solo natural; mas si no se halla expresa la condicion, es necesario que

Universidad Rey Juan Carlos

el hijo sea legítimo y natural, porque poniendo el derecho la dicha condicion en un acto puro y simple, debe admitirse y entenderse estrictamente (*núm.* 40.).

41 Quando el hijo gravado á restituir despues de su muerte baxo la referida condicion tácita ó expresa, tuvo hijos que en vida suya muriéron, se admitirá el substituto como si no hubiesen nacido; pero si los hubo al tiempo de su fallecimiento aunque mueran inmediatamente espira la substitucion, del mismo modo que si dexase un póstumo en cuyo nacimiento concurriesen las circunstancias que apetece la *ley* 13. *de Toro* y se mencionan en el *cap.* 1. *núm.* 4. (*núm* 41.).

42 Es de resolver en el caso que el testador grava á su hijo en la restitucion de tercio y quinto á un tercero baxo la precitada condicion expresa ó tácita, si los descendientes que tiene el hijo gravado y hacen que fallezca la substitucion, se digan llamados por el testador y de consiguiente substitutos del hijo gravado: porque siendo así los bienes quedáron vinculados, y como sujetos á restitucion no podrá el gravado enagenarlos ni en vida ni en muerte. Los AA. que opinan lo contrario acerca de dicho llamamiento y substitucion (á quienes sigue nuestro Gom.) y aseveran que el testador quiso únicamente conservar la sucesion abintestato en los bienes del mismo padre gravado, dexándole á éste la facultad libre de enagenar en vida y muerte, tienen mayor apoyo en razones y autoridades, las quales militan no tan solo en las herencias universales sino tambien en los legados (*núm.* 42.). Si bien es cierto que quando los descendientes puestos en la condicion quedan gravados por el testador á dar ó hacer alguna cosa, se conceptuan llamados y substituidos tácitamente en los dichos bienes; pues el

Universidad Rey Juan Carlos

el que quiere el consiguiente, quiere el antecedente sin el qual no puede verificarse, y con la imposicion del gravámen da á entender claramente el testador que substituyó los nietos á su padre para despues de su muerte, mediante á que de otra suerte no podria cumplirse su disposicion; sin que de esta doctrina pueda inferirse que el gravado se juzgará llamado, instituido ó hecho substituto tácitamente, y que por consiguiente no tendrá lugar la regla segun la que no puede gravarse el que no es beneficiado, porque ésta procede quando alguno se grava llanamente, en cuyo caso ni parece llamado ni gravado tácitamente, no quando es puesto en condicion y asimismo gravado, como se observa en nuestro caso (*núm.* 43.).

43 Donando el padre en vida á un hijo el tercio ó quinto de sus bienes con el pacto ó condicion de que lo restituya despues de su muerte á un extraño ó á un hermano suyo, se entiende tácita la condicion de que se habla, por quanto militan en los contratos lucrativos las razones ya manifestadas, principalmente en el *núm.* 34. de este compendio (*núm.* 44.) (*a*).

CAPITULO VI.

De la substitucion exemplar.

1 La quarta especie de substitucion es la exemplar que se verifica, quando el padre, la madre, el abuelo ú otro ascendiente, inspeccionándose la prerogativa del grado, substituye á su descendiente furioso ó mentecato y ageno en un todo de sentido é

(*a*) Esta resolucion no tiene lugar en los contratos onerosos (*núm.* 46. *al princ.*).

Universidad Rey Juan Carlos

é inteligencia. Furioso es *el que se halla privado totalmente de entendimiento, y tan colérico que dexándolo se encrueleceria contra sí y contra otros*: mentecato, *el que carece solo de la potencia intelectual, y no se encoleriza con ofensa suya ó de otro*; y substitucion exemplar es *cierta substitucion directa que á semejanza de la pupilar se hace al que no por la edad sino por defecto de inteligencia no puede hacer testamento* (*núm.* 1.) (*a*).

2 En esta definicion debe comprehenderse el fatuo, si carece totalmente de capacidad, no si tiene algun entendimiento aunque imperfecto: porque en el primer caso no puede testar y sí en el segundo, como sucede al púbero despues de los catorce años, sin embargo de que por carecer de íntegra capacidad, no puede enagenar ni parecer en juicio (*núm.* 2.).

3 Como la incapacidad de testar en alguna persona abre puerta para proveerle de substituto exemplar, se podrá substituir al mudo y sordo por naturaleza, ó por casualidad si ántes no aprendió á escribir, y al pródigo que se halla privado del manejo de sus bienes (*nn.* 3. *y* 4.).

4 Esta substitucion puede hacerse al descendiente constituido en la patria potestad, al emancipado que acaso lo fué ántes del furor, y al hijo casado. Asimismo se puede hacer al descendiente legítimo y natural tan solo respecto de la madre y su línea; pero no al espurio, no al natural de madre ilustre, por no poder sucederle, no al hijo natural respecto del padre porque no le sucede (*núm.* 6.).

5 Si

(*a*) Como esta substitucion se introduxo á exemplo de la pupilar, debe seguir su naturaleza y es válido el argumento de una á otra. De aquí es que del mismo modo que en la vulgar expresa se contiene la tácita pupilar, se contiene tambien la exemplar tácita (*núm.* 2.).

Universidad Rey Juan Carlos

5 Si el descendiente á quien se ha de substituir tiene descendientes, de estos se le han de dar uno ó muchos substitutos: si faltan y hay hermanos, se ha de seguir lo mismo dexando la legítima á quien por derecho pertenezca; y el hermano substituto ha de ser germano ó consanguíneo por parte de padre, si substituye el padre, ó ascendiente, ó ha de ser uterino si substituye la madre ó la ascendiente; por lo que el padre no tendrá obligacion de substituir los hermanos uterinos en defecto de los germanos y consanguíneos, ni la madre los consanguíneos á falta de los germanos y uterinos: siendo digno de advertir que el hijo de hermano muerto no habiendo otro hermano vivo, debe substituirse como su padre por representar su persona (*dic. núm. vers. Quod notabiliter*).

6 El padre no puede substituir al hijo con exclusion de la madre, así porque el hermano á quien la madre se prefiere en la sucesion, debe ser substituido, como porque la substitucion presente se funda en la equidad. Y esto mismo debemos decir de la madre que substituye respecto del padre (*núm.* 7.).

7 Quando el padre substituye con limitacion de tiempo dentro de la edad pupilar á un hijo impúbero furioso ó mentecato y constituido en la patria potestad, será pupilar la substitucion, en la qual puede el padre favorecer á qualquiera; pues concurriendo dos causas para substituir una natural y otra accidental, mas bien ha de prevalecer aquella que esta: y si asimismo dentro de la edad pupilar se substituye sin limitacion de tiempo, será tambien pupilar (*núm.* 8.): no siendo de omitir que la madre no pierde la facultad de substituir por contraher segundas bodas, á causa de que las leyes hablan indistintamente (*núm.* 9.).

8 La substitucion exemplar se desvanece *ipso jure* con

Universidad Rey Juan Carlos

con recobrar el substituido su juicio; pero se duda si convalezca incidiendo segunda vez en el furor ó demencia, y no habiendo hecho testamento durante el tiempo de su lucido intervalo. Nuestro Gomez sostiene que sí, bien sobrevenga el furor, y tenga lucidos intervalos en vida del padre ó la madre que substituye, bien despues del fallecimiento de estos, aseverando que en el presente caso no se extinguió, sino que cesó y estuvo suspensa en el medio tiempo (*núm.* 11.) (*a*).

9 El padre no puede substituir al demente que ántes de su enfermedad hizo legítimo y solemne testamento, porque no revocándolo el furor ó demencia cesa el motivo de substituir (*dic. núm. vers. Ex quibus*): y si despues de haber el padre substituido pupilarmente á un hijo impúbero de sano entendimiento, pierde éste su capacidad, no puede admitirse la dicha substitucion exemplar tácita, por creerse que el que substituyó, no intentó proveer en un caso remoto y totalmente extraño (*núm.* 12.).

10 Teniendo el demente (ya se halle ó no en la potestad) padre y madre, y substituyéndole ambos exemplarmente, la substitucion del padre valdrá y se preferirá en los bienes que el hijo adquirió de él y su línea: la de la madre en los que obtuvo de ella y su línea; y los demas se dividirán igualmente entre los substitutos (*núm.* 13.) (*b*).

CA-

(*a*) Tres casos en los quales se acaba esta substitucion trae la *ley* 11. *tít.* 5. *Part.* 6. (*núm.* 12.)

(*b*) Substituyendo el padre pertenecen indistintamente los bienes del hijo al substituto que le dió; mas cesando la substitucion del padre, al que nombró la madre, y despues á los nombrados por abuelo y abuela: cuyo órden y no otro ha de observarse en hacer las substituciones (*núm.* 14.).

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO VII.

De la substitucion compendiosa.

1 Compendiosa substitucion es *aquella que comprehende y puede comprehender todos los herederos instituidos y todos sus tiempos, edades y bienes que se les dexáron.* Puede hacerse á qualquiera heredero descendiente ó extraño y en todo tiempo y caso, comprehendiendo en sí otras substituciones (*núm.* 1.); es á saber, la vulgar, la pupilar y todas las demas que segun la qualidad del que substituye y substituido se puedan hacer. Por tanto substituyendo el padre con estas expresiones: *Instituyo á mi hijo y substituyo á Pedro, ó en qualquiera tiempo que mi hijo fallezca substituyo á Pedro*; si el hijo no es heredero, se admitirá por la vulgar el substituto: si es heredero y fallece ántes de ser púbero, por la pupilar: si muere en la pubertad, por la fideicomisaria; y si por ventura el tal hijo es furioso, se admitirá por la exemplar (*núm.* 2.). Estas substituciones embebidas en la compendiosa son tácitas especialmente, por no haberlas declarado el testador con particularidad, mas son expresas universal y efectivamente á causa de comprehenderse en la generalidad de palabras (*núm.* 3.).

2 Quando el soldado substituye con palabras directas, v. gr. *Instituyo á mi hijo, y siempre que muera, sea heredero Francisco*; valdrá en todo tiempo la substitucion por derecho directo: dentro de la edad pupilar como pupilar, admitiéndose el substituto á todos los bienes así del hijo impúbero como del testador, y despues en todo tiempo valdrá como militar directa por el privilegio concedido á los soldados, y percibirá tan solo el substituto los bie-

 nes

Universidad Rey Juan Carlos

nes del mismo padre. Pero si el testador no es soldado, aunque dentro de la edad pupilar sucede lo mismo que en el caso anterior, despues vale la dicha substitucion como obliqua fideicomisaria, de la misma suerte que si se hubiera hecho á un púbero, emancipado ó extraño, ó por la madre: porque la voluntad del testador que fué de substituir para el tiempo de la pubertad en el modo que fuese válido, debe atenderse; bien es verdad que la *ley* 12. *tít.* 5. *part.* 6. por estas palabras: *Mas si muriere despues de esta edad, estónce el substituto no heredará ninguna cosa de los bienes &c.* confirma la sentencia de que llegando el substituto á la pubertad, de ninguna suerte puede valer la presente substitucion (*núm.* 4.).

3 Si la substitucion compendiosa se hace con palabras obliquas; v. gr. *Instituyo á mi hijo, y en qualquiera tiempo que muera, restituya la herencia á Manuel*; en la edad pupilar y despues vale únicamente como fideicomisaria, la qual no contendrá en sí á la substitucion vulgar, como no la contiene la fideicomisaria expresa, por ser opuesta; mas esto ha de seguirse, quando la expresion obliqua hace relacion al heredero, pues si alude al testador, como si diga: *Yo testador despues de la muerte de mi hijo restituyo la herencia á Pedro*; embebe la substitucion pupilar dentro de su tiempo y despues la fideicomisaria (*núm.* 5.).

4 Finalmente si la substitucion compendiosa se hace por palabras generales, en fuerza de su aptitud para comprehender en sí las substituciones directa y obliqua, dentro de la edad pupilar vale como pupilar y despues como fideicomisaria. En favor de esta opinion tenemos expresa la *ley* 12. *vers. Pero si éste que es cavallero &c. tít.* 5. *part.* 6.; y aunque Bartulo con otros lleva que viviendo la madre se obli-

Universidad Rey Juan Carlos

obliqua dentro de la edad pupilar, lo contrario opina nuestro Autor (*núm.* 6.).

CAPITULO VIII.

De la substitucion breviloqua.

1 La última especie de substitucion es la breviloqua que se hace con pocas palabras, y comprehende ó puede comprehender muchas substituciones en las personas de todos los herederos, como si el testador diga: *Instituyo tales herederos y los substituyo recíprocamente.* Su propio nombre es recíproca, porque éste no puede adaptarse á otra especie de substitucion como el de breviloqua, que puede competir á la compendiosa (*núm.* 1.).

2 Esta substitucion algunas veces contiene solamente la vulgar en las personas de todos los herederos, es á saber, quando el testador instituye dos ó mas hijos púberos, dos extraños, dos hijos uno impúbero y otro púbero, ó un hijo impúbero y un extraño substituyéndolos mutuamente, por convenir á ambos solamente la vulgar y deberse juzgar en duda la directa vulgar mas bien que la obliqua; aunque tambien se contendrá la fideicomisaria, mencionando el testador el fallecimiento en la substitucion; v. gr. *en qualquiera tiempo que mueran los instituidos los substituyo recíprocamente* (*núm.* 2.).

3 Quando el padre instituye dos ó mas hijos impúberos y los substituye mutuamente, en las personas de ellos hay substitucion vulgar y pupilar, aunque uno llegue á la pubertad ántes que el otro (*dic. núm.* 2. *vers. Aliquando ista*). Y últimamente está substitucion comprehende además de las dos mencionadas la fideicomisaria, en el caso de que el tes-

 ta-

Universidad Rey Juan Carlos

tador instituya muchos hijos impúberos y los substituya recíprocamente en qualquiera tiempo que fallezcan (*vers. Aliquando verò*).

CAPITULO IX.

De la transmision de la herencia.

1 La herencia no adida por el heredero quando vivió, no se transmite regularmente á los suyos, y sucede lo mismo que si no se le hubiese deferido. Dan los AA. varias razones de esta resolucion, y nuestro Gomez expone hasta seis inclinándose á la primera. Esta consiste en que la herencia por testamento ó abintestato no se comprehende en los bienes del heredero ántes que la ada, y de lo que no se tiene adquirido es imposible la transmision; aunque si por el crímen ó culpa lata de alguno pierde otro la herencia ó derecho de adir, en odio de aquel se considera en los bienes de este (*núm.* 1.); y sin embargo de que no se transmita la herencia, se transmiten otros de derechos hereditarios universales; v. gr. el derecho ó facultad de adir que ya tiene adquirida el heredero, el fideicomiso y el derecho de acrecer (*dic. núm.* 1. *y núm.* 6. *al fin*).

2 En algunos casos se transmite la herencia, aunque no se haya adido. Unas veces se hace la transmision por la potencia de la suidad, otras por la potencia de la sangre y otras por el capítulo del derecho de deliberar (*dic. núm.* 6. *vers. Ista.*). Se hace por la potencia de la suidad, quando alguno muere con testamento ó abintestato dexando un hijo suyo que tenia en la potestad; pues si este muere sin adir la herencia paterna, la transmite á sus herederos aun siendo extraños, sin la posesion que de

Universidad Rey Juan Carlos

de ningun modo puede transmitirse (*números* 7. *y* 20.) (*1*).

3 La suidad, su virtud y efectos solamente se hallan en la línea de los descendientes y en la primera persona y grado de estos, á no ser que la persona media fallezca ó sea emancipada, pues entónces sus hijos ocupan el lugar que ocupaba y consiguen la suidad (*núm.* 8.).

4 Para que el descendiente sea suyo heredero es necesario que se halle en la patria potestad (*núm.* 9.); pero sin embargo aunque se libren de esta el que entra en Religion y el que obtiene la dignidad episcopal, no pierden la suidad y sus efectos. La razon consiste en que la patria potestad se requiere para la produccion de la suidad, no para su conservacion: y así faltando aquella permanece esta, del mismo modo que el padre conserva el usufructo que adquirió en los bienes del hijo por la potestad patria, no obstante que esta haya espirado por la muerte del hijo ó por otro motivo (*núm.* 13.).

5 El

(*I*) Las voces *suidad y suyos herederos* apénas se oyen entre nuestros prácticos. Entre los hijos suyos y los emancipados casi no se encuentran otras diferencias que las respectivas á la substitucion pupilar y á la tutela conforme á nuestras leyes, siendo iguales en la sucesion. Segun estas el mismo derecho que á la herencia del padre tienen los hijos á la de la madre, respecto de quien no se ha conocido la suidad en tiempo alguno. Asimismo los nietos sin embargo de no hallarse en la potestad del abuelo, porque la persona media salió de ella por el matrimonio y bendiciones nupciales, tienen igual derecho á la herencia del abuelo faltando el padre. Estos verdaderísimos supuestos y otros muchos que expusiera si no fuese de mi instituto la brevedad, conspiran al parecer á que desterremos las mencionadas voces como fomento de disputas metafisicas y nada provechosas: procurando tener presente quanto previenen nuestras leyes acerca de la sucesion, mayormente las recopiladas que ciertamente aborrecen las vanas sutilezas del Derecho Romano.

Universidad Rey Juan Carlos

5 El hijo adoptivo no pasa á la potestad del padre adoptante y tiene los derechos de suidad para sucederle abintestato, siendo excepcion de la doctrina expuesta, porque la disposicion legal puede hacer que en algun caso se dé la suidad sin la patria potestad (*nn.* 12. *y* 13. *al princip.*).

6 La suidad es *cierto derecho intelectual directo no flexîble proveniente de la natural conjuncion y patria potestad, que induce inmediatamente despues de la muerte en favor de los descendientes próxîmos la continuacion del dominio de los bienes.* De esta definicion como de lo dicho anteriormente se colige, que ántes de la adicion ó mixtion del suyo heredero no se da herencia yacente que represente al difunto, segun sucede en los extraños, porque continua el dominio aunque aquel esté ignorante: en cuyo supuesto no podrá darse curador á la dicha herencia; bien que por virtud del beneficio de abstenerse que concedió el derecho pretorio á los suyos herederos, si estos quieren deliberar y no se mezclan ni abstienen, se podrá dar curador á la herencia (*nn.* 16. *y* 17.) (*I*).

7 Igualmente se infiere que si por ley ó estatuto se manda pagar cierta alcabala de qualquiera herencia que alguno adquiriese, deberá entenderse en el heredero extraño, y no en el suyo que no adquie-

(*I*) Por derecho de España ninguno se puede precisar á que ada ó se mezcle en la herencia, siendo voluntarios todos los herederos que pueden dividirse en necesarios, legítimos y extraños. Los primeros *son aquellos que han de percibir forzosamente bienes del difunto*, en cuya clase se comprehenden solo los descendientes y ascendientes: los segundos (á quienes podemos dar tambien el nombre de los primeros) *son aquellos á quienes la ley llama para la sucesion abintestato y puede no llamar el testador*; y los terceros *aquellos que ni la ley llama, ni tiene obligacion de llamar el que hace testamento.*

Universidad Rey Juan Carlos

quiere nueva herencia (*núm.* 18). Y finalmente se infiere que aunque el heredero extraño adida la herencia puede usucapir en virtud del nuevo título *pro hærede* en el tiempo legítimo la cosa, que con buena fe poseia el difunto, y no podia usucapir por faltarle título; el suyo heredero no puede prescribirla, á causa de que por razon de la suidad no parece adquiere nuevo título (*núm.* 19.) (*a*).

8 No puede hoy el hijo emancipado transmitir la herencia de su padre á qualesquiera herederos por la potencia de la suidad como el hijo constituido en la patria potestad, pues aunque entre estos no hay diferencia en quanto á suceder al padre por derecho civil, en quanto á debérseles igual legítima en los bienes del padre, en quanto á competir los remedios civiles si no se dexa la legítima, y en quanto á poder adir la herencia del padre dentro de 30 años, sin que el emancipado se excluya por el transcurso de uno, como prevenia el derecho pretorio; sin embargo subsiste todavía la diferencia en quanto á no suceder los emancipados con la qualidad, privilegio y prerogativa que los hijos suyos exîstentes en la potestad paterna. De aquí es que el privilegio concedido al hijo suyo heredero, sea mayor ó menor de 25 años, de poder revocar el acto de haberse abstenido y adir dentro de un trienio, si las cosas no se han enagenado, segun la *ley fin. tít.* 6. *part.* 6., se niega al hijo emancipado, del mismo modo que al hijo respecto de la madre y al heredero del hijo suyo, aunque éste muera dentro del tiempo concedido para revocar (*nn.* 24 *y* 30.).

9 Para reconvenir los acreedores del padre al hijo suyo heredero, es necesario que aquellos prueben la

(*a*) Gravísimos DD. enseñan lo contrario (*cap.* 3. *de este tom. núm.* 30.).

Universidad Rey Juan Carlos

a mixtion de este ó conste de ella, pues en caso de duda no tienen probada su intencion los acreedores, mediante á que despues del beneficio de abstenerse concedido á los hijos, lo mismo obra en estos la mixtion que en los extraños la adicion, y esta ha de probarse para reconvenirlos. Coadyuba esta sentencia el que por el dicho beneficio se derogó la necesidad que tenia el hijo de adir, y se quitó la suidad únicamente en lo que puede perjudicar al hijo, no en lo que puede favorecerle. Ni aun bastará para fundar los acreedores su intencion la presentacion del hijo en juicio, respondiendo y litigando con ellos, si esto lo executa llanamente como hijo; mas no si comparece, responde ó hace algun acto como heredero del padre (*nn.* 25. *y* 26.).

10 El derecho de adir que compete al heredero extraño, se prescribe en el término de 30 años, y por tanto no adiendo dentro de él pierde la herencia que se le ha deferido por testamento ó abintestato, y se devuelve al mas próximo en grado, sin embargo de no ser el tal derecho accion ó peticion, ni consistir en el oficio del Juez: porque es un derecho formado inmediatamente por causa de la sucesion, y no una mera facultad como la de pasar una calle y otras semejantes que nunca se prescriben (*núm.* 27.) (*a*).

11 Tambien se prescribe en el mismo término el derecho de mezclarse en la herencia que compete al suyo heredero, ya se hallen los bienes vacantes, ya poseidos por algun tercero (*dic. núm.* 27. *vers. Quod secundum*); pero lo expuesto acerca de ám-

(*a*) Este tiempo corre quando el Juez no hubiere señalado á instancia de los interesados otro término, el qual no puede ser menor de 100 dias para que el heredero se juzgue excluido de la herencia (*núm.* 27.).

Universidad Rey Juan Carlos

ambos herederos no tiene lugar, quando pueden suceder así por testamento como abintestato; v. gr. siendo instituidos en aquel los mas próxîmos parientes, en cuyo caso pasados los 30 años en que habia de sucederse por testamento, se podrá suceder abintestato dentro de otros 30 (*núm.* 28.) (*a*); bien que si la renuncia no fué tácita como la que induce el transcurso del tiempo, sino expresa y simple, se cree haber renunciado por todos respectos (*n.* 29. *ley penult. tít.* 6. *part.* 6.).

12 La suidad se desvanece con la muerte del suyo heredero, con la emancipacion, y con la institucion que el padre haga á su hijo baxo la condicion *si quiere* que impide la transmision, por ser propio de las condiciones suspender la substancia de la disposicion (*núm.* 31.) (*b*): Y en virtud de este fundamento si baxo la misma condicion se instituye algun descendiente que no es suyo heredero ó qualquiera extraño, ni uno ni otro transmitirá la herencia por la potencia de la sangre ó por el capítulo de deliberar (*núm.* 32.) (*c*).

13 Tambien se desvanece la suidad dando substituto vulgar al suyo heredero, pero con algunas limitaciones que trae el Gomez (*en los nn. siguientes*

(*a*) Si al hijo se le concede el año para deliberar, corrido este cesará toda transmision, y la herencia pertenecerá abintestato á los mas próxîmos sucesores del padre por la *ley* 2. *tít.* 6. *part.* 6. (*núm.* 29. *vers. Adde.*).

(*b*) Lo contrario es mas verdadero, por no poder el padre privar á los suyos de los derechos que le competen: y el Molina (*de Just. tom.* 1. *disput.* 180. *núm.* 9.) explica al Gomez diciendo: que no se impide la transmision en la legítima por la expuesta condicion, á causa de que se desprecia, mas si en lo restante (*núm.* 32.).

(*c*) Segun el referido Autor en el mismo lugar por la potencia de la sangre se transmitirá la legítima, y nada por el capítulo de deliberar (*núm.* 33).

tes hasta el 40.) las quales no se expresan, porque nuestro Autor sostiene la contraria sentencia (*en el cap.* 3. *nn.* 15. *y sig.*), que califican de mas verdadera y fundada el Suarez (*en este cap. letra N y en el* 3. *letra G*) y el Aillon (*cap.* 3. *núm.* 25.), quien cita á su favor muy graves AA.; mayormente quando impedida la transmision por la potencia de la suidad, habria lugar á ella con respecto á los descendientes por el privilegio de la sangre, y con respecto á todos en virtud del derecho de deliberar, segun afirma el Gom. *en el núm.* 49. *de este cap. vers. Ex quo infero.*

14 La transmision por la potencia de la sangre se verifica tan solo en la herencia de los ascendientes con respecto á los descendientes, quando alguno de estos muere ántes de adir la herencia de alguno de aquellos dexando otros descendientes; pues á estos únicamente se transmitirá la herencia por el privilegio de la sangre y no á los extraños, colaterales ó ascendientes: bien aquel de cuya herencia se trata, haya muerto con testamento, bien abintestato (*nn.* 40 *y* 47.): bien el transmitente descienda por la línea paterna, bien por la materna: bien se halle en la potestad, bien esté emancipado ó sea habido por tal, como sucede segun la *ley* 47. *de Toro* (*hoy la* 8. *tít.* 1. *lib.* 5. *de la Recop.*) al hijo casado velado, quien aunque no puede transmitir por la potencia de la suidad, transmite á los descendientes por virtud de la sangre (*núm.* 41.) (*a*): bien el transmitente sea hijo legítimo y natural, bien sea tan solo natural en el caso que puede suceder: bien el hi-

(*a*) Tampoco puede transmitir por la potencia de la suidad el nieto habido de él aun muriendo su muger, porque sin embargo no recae en la patria potestad (*núm.* 8. *vers. Advertere*).

Universidad Rey Juan Carlos

hijo natural solamente tenga hijos legítimos y naturales, bien los tenga únicamente naturales tan solo, quando puedan serle herederos: porque esta transmision se funda en la virtud y privilegio de la sangre (*núm.* 42.).

15 Es necesario que la institucion sea pura para que haya lugar á la transmision de la herencia, porque la condicion la impide exceptuando la legítima, en la que se desprecia aquella; bien que no teniendo el instituido substituto ni coheredero, le acrecen los demas bienes á causa de que, verifiquese ó no la condicion, le han de pertenecer. Si tiene substituto vulgar, se ha de esperar el cumplimiento de la condicion, porque en su defecto le pertenecerán los dichos bienes al substituto. Si tiene coheredero el instituido, este percibirá la mitad de aquellos, mediante á que en todo evento le ha de pertenecer, y por la otra mitad se ha de aguardar á que se cumpla ó no la condicion; pues en el primer caso toca al coheredero, y en el segundo al instituido por el derecho de acrecer (*I*). Lo mismo acontece dexando al hijo ó descendiente legado, fideicomiso, prelegado ó mejora, ó haciendo alguna substitucion fideicomisaria, vulgar ó pupilar baxo condicion, y faltando el descendiente ántes que se verifique; por quanto no habrá transmision por derecho de sangre (*núm.* 48.).

16 Si el testador instituye á su hijo ó descendiente dándole substituto vulgar, se transmitirá la herencia á los descendientes, los quales serán preferidos al substituto, á causa de que la naturaleza de la substitucion vulgar conforme á la disposicion de

(*I*) Para reformar esta doctrina con arreglo al derecho Español en la parte que corresponda, se tendrá presente lo que dixe en mi *nota* 3. *cap.* 2.

Universidad Rey Juan Carlos

de la ley é intencion del testador, es que tenga lugar el substituto, quando el instituido no fuere heredero ni á otro lo hiciere: en cuyo supuesto nada puede obstar que el substituto sea llamado expresamente por el difunto (*núm.* 49.).

17 Ultimamente, se verifica la transmision á qualesquiera herederos por el capítulo de deliberar, quando el heredero por testamento ó abintestato, aunque sea del todo extraño, fallece sin adir la herencia dentro del año que concede la ley, y principia á contarse desde que supo se le habia deferido. Así se prueba de la *ley* 2. *tít.* 6. *part.* 6. la qual dispone que si muere el heredero pendiente el tiempo de deliberar concedido por el Rey ó Juez sin adir la herencia, la transmitirá á sus herederos para que la puedan adir dentro del término que resta. Pareció equitativo al Legislador conceder un año al heredero para deliberar, á efecto de que no se introduzca sin consulta en un asunto tan arduo; y así transmite dentro de aquel, por no haber intervenido de su parte culpa ó negligencia. Esta transmision es útil en los hijos y descendientes, por no tener que probar el transmisario matrimonio, patria potestad, derecho de sangre ni descendencia (*n.* 50.).

18 El transmisario tiene que adir dentro del tiempo que le sobró al transmitente, y de otra suerte será repelido (*núm.* 51. *dic. ley* 2. *tít.* 6. *part.* 6.) (*a*); mas para que pueda correr la transmision es indispensable que el transmitente sepa se le ha deferido la

(*a*) Si alguno sabiendo que se le habia deferido la herencia, no adió ni repudió en los diez meses primeros, y dentro de los dos restantes impetró del Juez algun término, segun la disposicion de la citada *ley* 2, aunque el año legal haya corrido en conformidad de esta, podrá transmitir á su heredero el derecho de adir dentro del término asignado por el Juez (*núm.* 48.).

Universidad Rey Juan Carlos

la herencia quando acaeció su muerte, aunque en este caso el heredero en quien habia de verificarse la transmision, puede pedir la restitucion en nombre del difunto que falleció ignorante por la cláusula general: *Si qua mihi justa causa videbitur* (*núm.* 52.).

19 Faltando el segundo heredero en quien se verificó la transmision, dentro del tiempo en que podia adir, el tercer heredero á quien se ha deferido la herencia de este último, no tan solo podrá adir esta, sino tambien la herencia del primer difunto que el primer heredero transmitió al segundo en virtud del derecho de deliberar: porque la facultad de adir que el primer heredero transmitió al segundo, se hizo cosa hereditaria, y del mismo modo que el segundo heredero transmitió al tercero la herencia del primer heredero del difunto, le ha de transmitir el derecho de deliberar que en esta herencia se contenia. A esto se agrega que el heredero del heredero es tambien heredero del testador (*núm.* 53.): siendo digno de advertir que en todos los casos en que la herencia no adida se transmite á los herederos por qualquiera capítulo de suidad, de sangre ó de deliberar, siempre se transmite no como adida, sino como que se puede adir, y así el transmisario podrá adirla ó repudiarla, segun podia el transmitente (*n.* 54.) (*1*).

20 Aunque regularmente la herencia no adida no se transmite á los herederos sino en los casos expresados, si el heredero que murió sin adir es menor de 25 años, por quanto de este hecho se causa en el mismo artículo de la muerte una lesion consumada, transmite á sus herederos el beneficio de la restitucion *in integrum* que es trasmisible: y aun

(*1*) Ofreciéndose algun caso sobre esta doctrina, podrá verse al Aillon *núm.* 51. y á los AA. que este cita.

Universidad Rey Juan Carlos

aun el transmisario del mayor de 25 años con intervencion de justa causa podrá implorar el beneficio de la restitucion (*núm.* 25.) (*a*).

CAPITULO X.

Del derecho de acrecer.

1 Trátase en este capítulo de la materia sutilísima del derecho de acrecer (*I*). Este puede verificarse en los contratos, en las herencias y en los legados. Hablando con respecto á los contratos debe decirse, no tiene lugar en los que sean lucrativos y se terminen á cosa mere divisible, como si alguno me prometa á mí y á Francisco alguna cantidad, pues adquiero en este caso la mitad y si por ventura Francisco no quiere ó no puede adquirir la otra mitad, por ser hijo espurio del donante ó por otro motivo, de ningun modo me acrece (*núm.* 1.); pero de esta regla debe exceptuarse la donacion hecha á muchos por el Príncipe, porque si alguno repu-

(*a*) Siendo instituido alguno por un Monge, cuyo testamento se confirmó con la profesion, aunque muera aquel viviendo este, transmitirá la herencia á sus herederos y no permanecerá como caduca en el monasterio (*núm.* 52. *vers. Item adde quod si.*).

(*I*) Dúdase entre nuestros Regnícolas si se haya derogado el derecho de acrecer por la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* que permite á qualquiera morir en parte con testamento y en parte abintestato. Burgos de Paz (*ley* 3. *de Toro núm.* 857. *y sig.*) sostiene que subsiste aun despues de la citada ley el derecho de acrecer, en atencion á que se halla establecido expresamente en la *ley* 14. *tít.* 3. *part.* 6., y á que con dificultad se ha de consentir en la correccion del derecho. Y nuestro Aillon (*núm.* 45 *de este cap.*) afirma que el Pichardo (*in repet. tít. ff. de adquir. hæred. cap.* 30.) prueba eru-

Universidad Rey Juan Carlos

pudia su parte, ó precedió á la donacion su muerte, se acrece aquella á los socios. Asimismo si todos adquiriéron sus partes, y despues muere alguno sin dexar persona de las que deben heredar y se mencionan en el *cap.* 1. *de este comp.* se acrece su parte á los compañeros con exclusion del fisco, á quien de otra suerte perteneceria: y lo que es mas, se verifica el derecho de acrecer en la parte adquirida, si despues se repudia, no obstante que lo contrario acontece regularmente en esta materia (*núm.* 2.).

2 En los contratos onerosos, bien se terminen á cosa divisible ó individua, tiene lugar el derecho de acrecer, y por tanto vendiéndoseme á mí y á Pedro; v. gr. algun fundo, si este repudia, ha muerto ó es incapaz como el hijo espurio, me acrece la parte que á consentir en el contrato le hubiera pertenecido, para que no se perjudique al vendedor que acaso no venderia una sola parte, ni querria, tener sociedad, por soler esta traer mucha incomodidad (*núm.* 3.).

3 En los contratos onerosos ó lucrativos sobre cosa mere individua no tiene lugar el derecho de acrecer, ó derecho de descrecer, como se evidenciará en

eruditamente la misma opinion. Pero no obstante el Matienzo (en la *ley* 1. *glos.* 10. *núm* 46.) defiende la contraria sentencia, que debe reputarse mas verdadera y aun elevarse al grado de certísima por el Señor Don Francisco Antonio de Elizondo, quien (*en el* 4. *tom. de su Pract. Univ. For. pág.* 87. *núm.* 5.) asevera no regir ya en España el derecho de acrecer, y haberlo visto declarado así por el Consejo de Indias en un grado de mil y quinientas. Aunque sin embargo creo no modificaré el dictámen de aquel Supremo Senado y de tan ilustres AA. con asegurar que en algunas ocasiones deberá admitirse el derecho de acrecer, por dar motivo las circunstancias que se presenten, á conceptuarlo conforme á la voluntad del testador, que en todos tiempos se ha mirado como sagrada.

Universidad Rey Juan Carlos

en la servidumbre, en la qual no se admite el primero, porque siendo la servidumbre de su naturaleza indivisible, no se puede adquirir en parte sino *in solidum*, y de consiguiente no hay porcion que pueda acrecer: ni tampoco el segundo á causa de que este tiene propiamente lugar, quando á dos ó mas se dexa una cosa *in solidum*, y concurriendo cada uno adquiere su parte, pues entónces repudiando ó siendo excluido alguno, nada descrece del otro y consigue toda la cosa: lo qual no se verifica en la servidumbre dexada ó prometida á muchos, mediante á que segun su naturaleza se adquiere á todos *in solidum*: agregándose á esto que los expresados derechos no se pueden verificar sino quando se dexa á muchos una misma cosa, y en la servidumbre dexada ó prometida á muchos se hallan constituidas muchas y separadas en las personas de cada uno de los adquirentes (*núm.* 4.).

4 Concediéndose á dos ó mas un fundo en enfiteusis, si estos se hallan presentes y aceptan, como despues alguno falte ó sea privado de su parte, vuelve esta al señor directo, por no tener lugar el derecho de acrecer en lo adquirido. Lo mismo acontece concediéndose á dos, uno presente y otro ausente por causa lucrativa, es á saber por una corta pension anual en reconocimiento del dominio; pero si la concesion se hizo por causa onerosa, mediante á ser la pension condigna á la cosa, acrece al presente la parte del ausente (*núm.* 5.).

5 Si el padre mejora á dos hijos en el tercio de sus bienes entregándoles la posesion, por la qual se hace la mejora irrevocable segun la *ley* 17 *de Toro*, que es la 1. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.* y despues alguno muere en vida de su padre ó repudia su parte, no acrece al otro mejorado, ya porque ántes se habia adquirido, y ya porque es contrato lucrativo: por

Universidad Rey Juan Carlos

por cuya razon lo propio sucede haciéndose la mejora á un hijo legítimo y á otro incapaz ó á un extraño, bien se hubiese ó no entregado la posesion; pero si en el primer caso no se hubiere transferido la posesion y la mejora se confirma con la muerte del padre, faltando ó repudiando alguno su parte, acrece al otro del mismo modo que si la mejora se hubiese hecho en última voluntad, por quanto la donacion que se confirma con la muerte, tiene fuerza de legado, en el qual corre el derecho de acrecer (*núm.* 6.).

6 Quando el testador instituye un heredero en cosa cierta ó quota no disponiendo de las demas, le acrecen todos los otros bienes, como si hubiese sido instituido *in solidum*, por no ser posible que alguno fallezca con testamento y abintestato (*núm.* 8.) (*I*): y en esta atencion y en la de que el testador no puede hacer que las leyes no tengan lugar en su testamento, si instituye heredero en cosa cierta ó quota, diciendo expresamente que los demas bienes no acrezcan al instituido, sin em-

(*I*) Sostiene Matienzo citado por el Aillon que esta disposicion civil se halla corregida por la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* y que segun esta los demas bienes pertenecerán á los herederos abintestato; mas otros muchos AA. tambien citados por el Aillon que por su excesivo afecto al Derecho Romano llevan á mal qualquiera derogacion suya, defienden lo contrario contra la voluntad evidente del testador, que haciendo la institucion en cosa cierta ó quota, y no disponiendo de los demas bienes, da á entender bastantemente no quiere suceda el instituido en ellos sino los herederos abintestato. Y asimismo defienden lo contrario contra nuestras leyes recopiladas, que han derogado expresa ó tácitamente el mencionado principio é innumerables vanas sutilezas del derecho civil, porque no queden ilusorias muchas veces las últimas voluntades.

embargo de esto le acrecerán (*nn.* 10. *y* 11.) (*I*).

7 Pero esta doctrina no puede correr en el caso de que el instituido en cosa cierta tenga coheredero universal ó en quota, pues entónces á este le pertenecen todos los bienes en el primer caso, y le acrecerán los demas bienes en el segundo; si no es que repudia ó fallece sin transmitir, en cuyo caso por ser lo mismo que si no se hubiese dado coheredero universal, acrece la herencia al instituido en cosa cierta por la expuesta razon (*núm.* 13. *ley* 14. *tít.* 3. *part.* 6.).

8 Si muchos son instituidos en quota desigualmente sin darles coheredero universal, les acrecerán los demas bienes con respecto á las porciones asignadas; mas si son instituidos en cosa cierta con desigualdad, aunque en esta percibirá cada uno su parte señalada, les acrecerán los bienes igualmente sin consideracion á la cosa cierta, por quitarse *ipso jure* de la institucion y juzgarse los herederos instituidos llanamente. (*núm.* 14.) (*II*).

9 El instituido en cosa cierta con universal coheredero goza de dos prerogativas por razon de su institucion, que no gozaria si fuera un mero legatario: la primera que puede percibir la cosa por su propia autoridad; y la segunda que puede pedir se le dé la posesion en virtud de la *ley fin. C. de Edict. Divi Adrian. tollend.* (*núm.* 15.) (*III*).

10 La institucion en cosas agenas es de tal suerte inválida, que ni aun en fuerza de ella puede el ins-

(*I*) Supuesto lo dicho en mis notas anteriores con mayor motivo en el presente caso sucederán los herederos abintestato en los demas bienes.

(*II*) Con arreglo á las notas precedentes conocerá el estudioso quan de reformar es la doctrina de este núm. y del anterior, como tambien la de otros del presente cap.

(*III*) Concuerda con esta la *ley* 2. *tít.* 14. *part.* 6.

Universidad Rey Juan Carlos

instituido percibir por el derecho de acrecer los bienes del testador. La razon consiste en que este derecho solo tiene lugar en una misma herencia, y quando hay fundamento y porcion válida respecto de la qual pueda verificarse. Asimismo es inválida la institucion en cosas agenas, aun por lo que mira á su estimacion; bien que al instituido en cosa cierta agena únicamente, por tenerse en lugar de legatario, se le debe la estimacion, como si la cosa se le hubiese legado (*núm.* 16).

11 Adiendo ó aceptando una tan sola cosa ó parte el sucesor universal por testamento ó abintestato, se conceptua la adicion respecto del todo, consiguiendo las demas partes el heredero no por el derecho de acrecer sino por el de la institucion. Lo mismo debemos decir quando el heredero fué instituido en partes distintas; v. gr. en una oracion en la mitad de la herencia y en otra oracion en la otra mitad; y ade una tan sola. Tambien debemos decir lo mismo si el heredero es instituido en una parte pura y en otra condicionalmente; pues si ade la parte primera al punto se hace heredero en la segunda (*núm.* 17.): siendo digno de advertir que si dió el testador substituto en la parte condicional, ha de esperarse el defecto ó cumplimiento de la condicion, y si no se cumple pertenecerá al substituto, y si se cumple al instituido sin otra nueva adicion, ó al heredero de este cumpliéndose la condicion despues de su muerte, no por derecho de la institucion condicional que no es transmisible, sino por virtud del derecho de acrecer (*núm.* 18.).

12 Corre asimismo la expuesta doctrina en el caso de que el heredero ada una parte y repudie otra expresamente, pues sin embargo se hace heredero *in solidum* por el derecho de acrecer y contra su voluntad podrá compelerse á la adicion de

Universidad Rey Juan Carlos

toda la herencia: verificándose esto mismo, aun quando el instituido en partes diversas tenga substituto vulgar en la parte que repudia (*nn.* 19. *y* 20.) (*1*).

13 Igualmente corre la doctrina de los nn. anteriores, quando el heredero es substituto pupilar de un hijo impúbero del testador; pues si acepta la herencia de este, no puede repudiar la herencia de aquel faltando en la edad pupilar. Finalmente corre en el hijo respecto de la legítima, porque no puede aceptarla repudiando los demas bienes (*dic. n.* 20. *vers. Quinto extende*).

14 Quando de dos ó mas herederos por testamento ó abintestato uno ade su parte y otro repudia la suya, ó por otro motivo no la adquiere, le acrece al heredero que adió (*ley* 18. *tít.* 6. *part.* 6.) aunque no adquiere su posesion por haber adquirido ántes la de su parte (*núm.* 22.). Y esto tiene tambien lugar en los fideicomisos universales, por lo que gravando el testador al heredero en que restituya la herencia á dos, repudiando uno acrece el fideicomiso al otro, y no permanece en el gravado (*núm.* 23.).

15 Pero ántes de pasar adelante importa saber con respecto á los herederos, quales sean conjuntos y quales disyuntos. De los primeros hay tres clases: unos conjuntos *re & verbis*, otros *re tantum*, otros *verbis tantum*. Los conjuntos *re & verbis son los llamados é instituidos por el testador en una sola oracion*;

V.

(*1*) Contra la principal resolucion de nuestro Gomez tenemos la *ley* 5. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.* en la qual se dispone que pueda el hijo aceptar la mejora y repudiar la herencia deducidas las deudas hereditarias de la mejora ó prelegado á prorata, cuya sucesion parece se hace por título hereditario, y que por tanto se divide la herencia: no siendo suficiente en mi concepto para desvanecer esta dificultad la interpreta- cion

v. gr. *Instituyo á Pedro y á Francisco herederos.* Los conjuntos *re tantum son aquellos á quienes se dexa una misma herencia en diversas cláusulas*; v. gr. *Instituyo á Juan en mi herencia*, y despues: *Instituyo á Diego en mi herencia*; pues como á ambos se haya dexado la herencia separadamente, y no pueda ser *in solidum*, porque *in solidum* no pueden verificarse dos herederos, necesariamente por el concurso cada uno tendrá la mitad de la herencia, y de consiguiente serán entre sí conjuntos *re* (*núm.* 24.).

16 Los conjuntos *verbis tantum son aquellos á quienes se dexa la herencia por iguales porciones*, como si el testador diga: *Instituyo á Nicolas y á María en mi herencia por iguales partes.* Se dicen conjuntos *verbis*, por haberlos llamado el testador en una misma cláusula: y no se juzgan conjuntos *re*, por no ser llamados en una misma herencia llanamente sino en separadas porciones (*núm.* 25.).

17 Los disyuntos totalmente *son aquellos á quienes en diversas cláusulas y en separadas porciones se les dexa la herencia*; v. gr. *Instituyo á Diego en la mitad de mi herencia, á Francisco en la otra mitad* (*núm.* 25. *vers. Omnimodo.*).

18 Aunque la parte repudiada ó vacante acrezca al coheredero contra su voluntad, con todo si el coheredero que adió su parte, quiere repudiarla para evitar que la otra le acrezca, puede hacerlo (*núm.*

cion del Pichardo (*in relect. tit. ff. de adquir. hæred. cap.* 28. *desde el núm.* 62. *hasta el* 66.) y del Cevallos (*quæst.* 711. *núm.* 6.) que adopta el Aillon (*núm.* 20. *vers. Sed contra*) y consiste en decir que la dicha ley contiene dos principales disposiciones: una por la que el heredero es instituido: otra por la que se dexa la mejora ó prelegado, y que así pueden dividirse: mayormente quando la expresada opinion no se funda sino en las vanas sutilezas del principio derogado: *ninguno puede morir en parte con testamento y en parte abintestato.*

Universidad Rey Juan Carlos

(*núm.* 27. *vers. Unum tamen al fin. ley* 18. *tit.* 6. *part.* 6.).

19 De muchos modos vaca una porcion para que pueda acrecer á otro. El primero es: quando se tiene por no escrita, como si el testador instituye por herederos á dos ó mas, de los quales uno habia muerto al tiempo del testamento: ó instituye al condenado á muerte natural en presencia despues de haberse pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada é impedido la execucion por fuga ú otro motivo; pues la *ley* 4. *de Toro* (*hoy la* 3. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*) solo concede al condenado á muerte natural la testamentifaccion activa (*a*). Lo mismo acontece en el caso de que sea instituido claramente algun hijo incapaz ó indigno no por su propio crímen, como el adulterino ó incestuoso. Dixe *claramente*, porque si se dexa la herencia á otro instituyéndolo y rogándole secretamente que la restituya al hijo incapaz, se priva de ella al heredero y se le aplica al fisco (*núm.* 29.).

20 El segundo modo es, quando la porcion se hace quasi caduca á causa de que el testador instituyó dos ó mas herederos, de los quales uno, aunque vivo al tiempo del testamento, era muerto al tiempo del fallecimiento del testador (*dic. núm. vers. Secundò*). Y el tercer modo es, quando se hace caduca, lo qual acontece con la repudiacion ó muerte ántes de adir la herencia en el caso que no puede transmitirse (*vers. Tertiò.*).

21 Si la porcion vaca por culpa y propio delito del heredero como en el caso expresado al fin del *núm.* 19., no pertenecerá al coheredero por el de-

(*a*) Lo contrario enseña el Gomez en la *ley citada nn.* 6. *y* 7. y lo comprueba latamente su adicionador Cornejo (*núm.* 30. *vers. Contrarium.*).

Universidad Rey Juan Carlos

derecho de acrecer, sino se aplicará al fisco, así como quando la herencia se le quita al heredero como á indigno por su propio crímen, se le agrega al fisco y no á los herederos abintestato (*núm.* 30.).

22 El conjunto de ámbos modos se prefiere al que lo es de uno solamente, y por tanto instituyendo el testador en una cláusula á Pedro y á Francisco y en otra á Manuel, si vaca la porcion de uno de los primeros, le acrece al otro y no á Manuel segun la presunta voluntad del difunto, porque aquellos son conjuntos *re & verbis*, y este *re tantum.* Por este concepto si el testador instituye á Diego y á los hijos de otro, y la porcion de uno de estos vaca, le acrecerá á los demas quedando excluido Diego: pues aunque todos son conjuntos *re & verbis*, con todo hay mayor conjuncion entre los que son llamados á un tiempo y copulativamente: segun debe decirse y se advierte, quando alguno muere abintestato, dexando un hijo y varios nietos de otro hijo muerto que suceden por representacion y se tienen en lugar de una persona. (*núm.* 31.).

23 Pero si fallece alguno con hijos de dos mugeres, en la porcion que vacare se admitirán los hermanos consanguíneos del mismo modo que los germanos, mediante á que respecto de la sucesion del padre todos son igualmente conjuntos: aconteciendo lo propio en la substitucion breviloqua, si el padre instituye herederos y substituye recíprocamente á los hijos de ámbas mugeres, y en la pupilar si aquellos son impúberos y alguno muere ántes de la pubertad, habiéndolos instituido y substituido del modo dicho (*dic. núm.* 31. *vers. Tertiò y sig.*).

24 Concurriendo á una parte vacante el conjunto *verbis tantum*, y el conjunto *re tantum*, como si el testador instituya á Pedro y á Francisco por iguales partes, y despues en otra oracion llanamente á Die-

Universidad Rey Juan Carlos

Diego que se juzga conjunto *re*; se admiten ámbos igualmente, por quanto segun la voluntad del difunto tiene efectivamente cada instituido igual parte en la herencia por virtud de la institucion; y así la misma parece tener cada heredero en la parte vacante por el derecho de acrecer, mayormente quando ninguna ley dispone que una conjuncion sea mas fuerte que otra (*núm.* 32.).

25 Si de una parte concurre un conjunto de algun modo y de otra un disyunto totalmente, se prefiere aquel á este (*núm.* 33.): y si todos los herederos son disyuntos, la porcion vacante acrece á todos sin preferencia alguna (*núm.* 34.).

26 Si el heredero á quien compite ó puede competir el derecho de acrecer, fallece despues de adida su parte ó dentro del tiempo en que pudo transmitir, se acrece y pasa á sus herederos la porcion del coheredero que vaque, bien sea ántes, bien sea despues de la muerte de aquel: porque las razones inductivas del derecho de acrecer tienen lugar en este caso (*núm.* 35.).

27 Es mas poderoso el derecho de substitucion que el de acrecer; y así quando concurren á la parte vacante del instituido que no fué heredero por la repudiacion ó por algun otro motivo, su substituto vulgar y su coheredero, debe aquel ser preferido (*ley* 18. *tít.* 6. *part.* 6.), en atencion á que sucede por la expresa voluntad del difunto, y el coheredero por la tácita (*núm.* 36.).

28 Siendo instituidos solamente los hijos, no hay duda alguna en que con respecto á su legítima se verifica entre ellos el derecho de acrecer: ni tampoco la hay en que siendo instituidos con los extraños los hijos y repudiando todos estos ó vacando de otro modo sus porciones, se acrecen á los extraños; pero quando vaca la parte de alguno de los hi-

hijos con los extraños, se duda si acrecerá únicamente á los hijos, ó tambien á los extraños. Nuestro Gomez hablando por lo respectivo al derecho de España lleva que solo acrece la dicha porcion á los demas hijos, bien aquel de cuya parte se trata, hubiese muerto ó estuviese incapaz al tiempo del testamento ó al de la muerte del testador, porque la legítima de los hijos se mira al tiempo del fallecimiento de este; bien el hijo repudiase expresamente verificado el fallecimiento de su padre (*núm.* 37.).

29 Tiene tambien lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares respecto de los conjuntos, atento á que de la conjuncion resulta conforme á la voluntad del difunto una tácita substitucion vulgar para que la parte vacante acrezca á otro (*núm.* 38): y de aquí es que no mediando alguna conjuncion, no se da derecho de acrecer (*núm.* 39. *al princip.*).

30 Entre la propiedad y el usufructo se encuentra una diferencia notable acerca de la presente materia, y es: que en aquella una vez adquirida se extingue el derecho de acrecer; pero en este aun despues de haber adquirido uno de dos á quienes se dexó, la parte que le correspondia, si muere ó repudia, le acrece al socio (*núm.* 41.).

31 Un mismo legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra, por ser única la disposicion que no puede dividirse; á no ser que se dexe el legado por partes, porque entónces da tácitamente facultad el difunto para la aceptacion de una y repudiacion de otra: bien que de los herederos del legatario puede uno muy bien aceptar su parte y otro repudiar la suya, á causa de que el legado se dividió entre ellos con respecto á sus porciones hereditarias (*ley* 36. *tít.* 9. *part.* 6.): no siendo de omitir que si en este caso un heredero re-

Universidad Rey Juan Carlos

pudia, no le acrece su parte al coheredero, y permanece en el heredero ó herederos del difunto (*n.* 42.).

32 Vendiendo ó enagenando algun heredero su parte, si despues otro repudia, no acrece la de este al comprador ó particular sucesor sino al heredero principal directo; mas en los legados el derecho de acrecer pasa al singular sucesor no al legatario, atento á que en este no residen ningunos derechos directos, y necesariamente la porcion debe acrecer á la porcion (*núm.* 44.).

CAPITULO XI.

De la sucesion contra el testamento.

1 El hijo con arreglo al derecho que tiene en los bienes del padre, quando este haga testamento ha de ser instituido heredero ó desheredado, porque siendo preterido es de ningun valor su última voluntad (*núm.* 1. *ley* 10. *tít.* 7. *y ley* 1. *tít.* 8. *part.* 6.) (*a*) (*I*): á no ser que la preterición se hiciese expresando alguna de las causas justas para la desheredacion, en cuyo caso es válido el testamento por tener la tal preterición fuerza de desheredacion: y así

(*a*) Se duda si por la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* la preterición del hijo anulará el testamento del padre, y la resolucion cierta es que haciendo el padre su testamento sin institucion alguna de heredero, valga y el hijo no tenga derecho para decirlo nulo, porque se juzga heredero en virtud de la citada ley; mas si el testador instituyendo á otros por herederos, preteriere al hijo, será nulo el testamento en quanto á la preterición quedando firme todo lo demas (*núm.* 2. *vers. Dubitatur.*).

(*I*) La misma opinion lleva el erudito Don Francisco Antonio de Elizondo (*tom.* 1. *de su pract. univ. for. pág.* 96. *núm.* 1.).

Universidad Rey Juan Carlos

así no probándose la causa compete al hijo la querela, y probada queda en un todo excluido (*núm.* 3. *dic. ley* 10). Y entónces además de otros casos se verifica pretericion con expresion de causa, quando el padre dice en su testamento: *Declaro que mi hijo Juan fué ingrato conmigo por este ó el otro hecho* (*n.* 2.).

2 El derecho de decir nulo el testamento dura 30 años que principian á numerarse desde la muerte del testador: pudiendo el Juez declarar su nulidad si consta de los autos, aunque no lo pida el preterido, quien tiene facultad para adir abintestato la herencia de su padre é intentar la accion de la peticion de la herencia contra qualquiera poseedor: de todo lo qual nada se verifica en el desheredado, por competirle únicamente la querela que solo dura el término de 5 años, contándose desde la adicion de la herencia (*nn.* 4. *y* 18. *vers. Secundò y vers. Tertiò.*): siendo digno de notar que aunque no convalece por derecho civil el testamento en que el hijo es preterido, quando falta viviendo su padre, lo contrario sucede por derecho pretorio siendo instituidos los herederos abintestato (*dic. n.* 4. *vers. Quod tamen intellige.*).

3 Si algun hijo póstumo fuese preterido, no es nulo el testamento hasta que nazca, porque miéntras se halla en el vientre de su madre no se conceptua hombre; pero verificado su nacimiento, bien sea ántes ó despues de muerto el padre, por reservársele para este tiempo todos sus derechos, inmediatamente lo rompe é invalida; bien es verdad que si el preterido nace en vida del padre y muere tambien en vida de este, al punto convalece la disposicion, ya sean instituidos los herederos abintestato, ya los extraños, mediante á que fué válida al principio, y por tanto vuelve fácilmente á cobrar su naturaleza, cuyo fundamento hace que esto no

Universidad Rey Juan Carlos

tenga lugar en el hijo preterido que estaba nacido al tiempo del testamento : sin que sea de omitir que por derecho Real se requiere para que el postumo rompa el testamento, la concurrencia de circunstancias que hemos expresado en el *núm.* 4. *cap.* 1. (*dic. núm.* 4. *vers. Quod tamen limita.*).

4 Aprobando el hijo el testamento en que se halla preterido, aunque no convalece por derecho civil sí por derecho pretorio, y por tanto en este caso el heredero instituido que se halle incapaz para suceder de otro modo, podrá pedir la posesion de los bienes *secundum tabulas* dentro del término que le está concedido y corre desde el tiempo de la ciencia (*núm.* 5. *en el princip. y núm.* 6.). La aprobacion del hijo puede ser expresa ó tácita: expresa, como quando promete no intentar remedio alguno contra el testamento; y tácita, como quando se abstiene de la herencia; pues consintiendo el hijo en la preterición ó desheredacion, se conceptua que renuncia de la herencia y sucesion abintestato, y por el contrario renunciando de esta parece que aprueba el testamento y consiente en la pretericion ó desheredacion. Pero es de advertir que la aprobacion del hijo preterido no impide á los instituidos que acaso lo esten en menor porcion de la que habian de obtener abintestato, el que digan nulo el testamento en virtud del derecho que á todos se adquirió por el defecto de solemnidad; aunque por la desheredacion solo el hijo desheredado puede intentar la querela, á causa de que por aquella ha sido el único injuriado y no se ha faltado á la forma prescrita (*dic. núm.* 6. *vers. Et adde.*).

5 De tres modos puede el hijo preterido deducir en juicio la nulidad del testamento. El primero, pidiendo principalmente que se declare, é implorando para esto el oficio noble del Juez. El segundo, por

por via de excepcion, como si habiendo el hijo adido abintestato la herencia y aprehendido la posesion de los bienes, segun puede hacerlo, le pidiese el heredero escrito la herencia. Y el tercer modo es, por via de replicacion que se deducirá, quando despues de haber adido el hijo, intente la peticion de la herencia contra los herederos escritos ú otro que tenga los bienes; pues si el reo opone el testamento, replicará el hijo preterido asegurando la nulidad de él y conseguirá así la herencia: con advertencia que puede el hijo preterido acumular ámbos remedios; es á saber, pedir que se declare nulo el testamento, y se le restituya la herencia (*n. 7.*).

6 El suyo heredero preterido á conseqüencia de transmitir por la potencia de la suidad á qualquiera herederos la herencia abintestato, por ser inválida la disposicion, transmite el derecho de decir nulo el testamento para conseguir la misma herencia principalmente ó por incidencia (*núm.* 8.).

7 Si el hijo que renunció con juramento la herencia de su padre fuese preterido ó desheredado, carece absolutamente de remedio contra la disposicion paterna, por quanto no se le debe legítima alguna; aunque si el padre lo instituye, no obstante la renuncia sucede con el privilegio de suidad (*n. 9.*).

8 Para que el testamento sea válido no basta que el hijo sea desheredado, porque además de esto es indispensable que el padre exprese en la disposicion la causa de la ingratitud que dió motivo á la desheredacion, la qual debe probarse por el heredero para evitar que se rescinda el testamento intentándose la querela (*núm.* 10. *leyes* 1. 8. *y* 10. *tít.* 7. *part.* 6.) (*): y de tal suerte es necesaria la ex-

(*) Aunque el padre exprese muchas causas de desheredacion contra el hijo ingrato, le es suficiente al heredero la prueba de una sola (*Letra I. ley* 8. *tít.* 7. *part.* 6.).

Universidad Rey Juan Carlos

expresion de causa que faltando, aunque el defecto provenga de no haberlo podido executar el padre de manera alguna, de nada sirve á los herederos el probarla, bien muriese el padre ó la madre con testamento, bien abintestato, bien tuviese noticia de la causa de ingratitud, bien no la tuviese y le faltase tiempo para expresarla: porque la ley la requiere como forma de la desheredacion (*núm.* 11. *dic. ley* 10.).

9 Aunque las causas de ingratitud por las que el hijo puede ser desheredado, son 14 que se numeran en las *leyes* 4, 5, 6 *y* 7. *tít.* 7. *part.* 6, procederá tambien la desheredacion por otras iguales ó mayores; bien que ninguna causa puede ofrecerse que no se comprehenda en la 2.ª de las dichas 14 (*núm.* 12.) (*a*). Y por las mismas causas que se puede desheredar al hijo, se le pueden negar en vida los alimentos (*núm.* 13. *ley pen. tít.* 19. *part.* 4.) (*b*).

10 Consintiendo el hijo ó hija en que el padre ó la madre lo dexe preterido ó desheredado, ni puede intentar el remedio de nulidad, ni el de la querela, sin embargo de que esta causa no se exprese en el testamento: porque quando la solemnidad no se exîge por la utilidad pública para que no se cometan falsedades como la de testigos y otros semejantes, sino principalmente por favor de alguna persona, segun acontece en el presente caso, puede esta renunciarla. Y aunque parece que el dicho consentimiento habia de ser de ninguna consideracion,

(*a*) La opinion contraria es mas verdadera por la *ley* 8. *tít.* 7. *part.* 6. cuyas son estas palabras: *Mas si por otra alguna razon qualquiera que no fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre al hijo, no valdria el tal desheredamiento* (*núm* 12.).

(*b*) Esto no se entiende de los alimentos necesarios para conservar la vida (*núm.* 13.).

Universidad Rey Juan Carlos

cion, por ser en efecto un pacto de no suceder que se halla prohibido y no vale si no se hace con juramento, en atencion á que se renuncia un derecho de futuro; con todo no se opone esta objecion, por quanto la qüestion procede en el caso de que intervenga el consentimiento del hijo ó hija al tiempo de hacerse el testamento, en cuyo acontecimiento la renuncia se verifica de un derecho de presente que es el título de institucion debido quando se testaba: de lo qual se infiere que si el hijo ó hija renunciase del título de institucion despues de algun intervalo y no en el tiempo que se hacia el testamento, será de ningun momento la renuncia (*núm.* 14.).

11 La querela de inoficioso testamento se da contra el heredero instituido y contra el fideicomisario universal; y si habiéndose intentado contra el heredero gravado ántes de restituir la herencia, obtuvo el hijo, perjudica la sentencia al fideicomisario, contra quien debe proseguirse la instancia, siempre que pendiente el pleyto se le hiciese restitucion de la herencia, así como ha de intentarse contra él la querela, quando ántes de moverse el pleyto se hizo la restitucion: debiéndose si esta fué de parte de la herencia, intentarse la querela y rescindirse el testamento solamente con respecto á ella (*núm.* 15.).

12 Pero no se da la querela contra el particular sucesor ó legatario á causa de ser un juicio universal; pudiendo muy bien el hijo desheredado que propuso la querela contra el heredero y obtuvo, intentar contra los legatarios á quienes este satisfizo el remedio posesorio *adipiscendæ* ó la peticion de la herencia exîstiendo las cosas en su especie, mediante á que el tal título de legado no se tiene por título (*dic. núm.* 15. *vers. Juxta quod.*).

13 La querela se transmite á los hijos y descen-

cendientes por derecho de sangre, aunque en vida no la hubiese propuesto ni intentado el hijo; mas no la transmite á los extraños, si no se hubiese á lo ménos preparado (*núm.* 17.).

14 Sin embargo de que en la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* se dispone que todas las cosas contenidas en el testamento sean válidas y firmes, aunque no se ada la herencia, es necesaria la adicion para que se confirme la desheredacion, porque la citada ley tiene lugar únicamente en la disposicion dispositiva como legado ó fideicomiso, no en la disposicion privativa como la desheredacion (*núm.* 18.) (*a*).

15 La querela puede proponerse de dos modos: principalmente diciendo el hijo como lo es legítimo del difunto, que fué desheredado sin justa y verdadera causa contra el oficio de piedad, y excluido de la sucesion que le era debida por todo derecho, y que por tanto pide al Juez la recision del testamento para poder suceder abintestato: y por incidencia ó via de excepcion, pues si acaso el hijo desheredado se halla en la posesion de los bienes y el heredero escrito intenta contra él la peticion de la herencia, podrá oponer la desheredacion expresando lo que va referido, y obtendrá de esta suerte: sin que sea de omitir que en uno y otro caso ha de proponerse la querela dentro de un quinquenio por la razon expuesta en el *núm.* 5. *cap.* 6. *tom.* 2. *de este comp.* (*núm.* 20.).

16 Si la causa de ingratitud que dió motivo á la desheredacion, se prueba por el heredero, ó el hi-

(*a*) Aunque esta doctrina sea cierta segun el derecho comun y de Part, la contraria es mas conforme á la citada ley, como prueban latamente Matienzo (*en dic. ley* 1. *glos.* 14. *nn.* 40. *y sig.*), Gutierrez, Acevedo y Pichardo (*núm.* 18.).

Universidad Rey Juan Carlos

hijo hace renuncia de la querela expresa ó tácitamente por el transcurso del tiempo, de ningun modo compete al nieto por su propia persona el remedio de la nulidad ó de la querela, y queda excluido absolutamente: ya porque el padre tan solo se halla obligado á instituir ó desheredar para la validacion del testamento al descendiente que se halla en primer grado, y ya porque únicamente puede romper el testamento por la querela aquel á quien se debe la legítima (*núm.* 21.) (*I*).

17 La legítima de los hijos sean muchos ó pocos, es siempre por nuestro derecho como ya se ha dicho, todo el patrimonio del padre exceptuando el quinto; y por tanto es inútil al presente la qüestion, de si el hijo desheredado se compute ó no en el número de los hijos para aumentar ó disminuir la legítima de los demas (*núm.* 22.).

18 El hijo instituido en menor porcion que la que corresponde á su legítima, no puede valerse de la querela para impugnar la disposicion; pero sí solicitar que se le supla la legítima de los bienes del padre, aunque este lo prohibiese en su testamento, ó el desheredado hiciese en favor de sus hermanos ó herederos liberacion general de lo que recibió, pues no se perjudica, sino es que prometa expresamente no pedir el suplemento de la legítima. Este puede pedirse contra el heredero y legatarios á prorata con la condicion *ex lege Omnimodo* C. *de inofic. testam.* que dura 30 años á causa de ser personal ó *in rem scripta*, y se transmite á los herederos con su natura-

(*I*) Es de temer que atendida la equidad de nuestro derecho y de nuestros tribunales se observe en un todo esta doctrina, mayormente quando el Señor Salgado citado por el Aillon (*núm.* 21.) impugna al Gomez en el *Laber.* 2. *part.* *cap.* 25. *con particularidad en el núm.* 17.

Universidad Rey Juan Carlos

raleza ó qualidad: de suerte que si el hijo se hallaba en la patria potestad, se transmite á qualesquiera: si era emancipado ó se habla de la sucesion de la madre, solamente á los descendientes por la potencia de la sangre; y si muere dentro del año, tambien á qualesquiera por el beneficio de deliberar (*n.* 23).

19 Dexándose al hijo su legítima baxo alguna condicion, dilacion ú otro qualquiera gravámen, se tiene por no puesto *ipso jure* para que el testamento no se evierta: teniendo lugar esta doctrina en todos los ascendientes á quienes se debe la legítima, y aun en el caso de que instituya á un extraño el padre y lo grave á que despues de algun tiempo ó verificada cierta condicion restituya toda la herencia á su hijo, sin embargo de la utilidad que este consigue posteriormente en percibir mas de su legítima; y así la condicion ó tiempo se tiene por no puesto respecto de esta que al punto se le ha de restituir, y se ha de esperar respecto de los demas bienes; bien que hoy seria nulo el testamento en el presente caso, por no dexarse la legítima con el título de institucion (*núm.* 24. *ley* 17. *tít.* 1. *y ley* 1. *tít.* 4. *part.* 6.).

20 Asimismo en atencion á que todo gravámen se tiene por no puesto *ipso jure* en la legítima, instituyendo el padre al hijo por heredero universal con el cargo de que despues de su muerte si falleciese sin hijos, restituya á otro todos sus bienes, no obstante que muera sin hijos, podrá disponer de la legítima, aunque sea en favor de un extraño, y los demas bienes deberán dexarse al fideicomisario, sin que pueda perjudicar al hijo gravado que ada ó se mezcle llanamente en los bienes del padre, que calle perpetuamente y no lo contradiga, ó que haga en favor del fideicomisario liberacion de lo que ha recibido, á no ser que prometa especialmente cumplir

Universidad Rey Juan Carlos

plir el gravámen así en órden á la legítima como en órden á los demas bienes: todo lo qual procede en el ascendiente que sin facultad real gravase al descendiente en que tenga ciertos bienes que componen la legítima por derecho de mayorazgo, para que despues de su muerte como indivisibles é inalienables sucedan en ellos perpetuamente todos los que fuesen llamados, sino es que los hijos y descendientes poseyesen los dichos bienes unidos y vinculados por tiempo inmemorial (*núm.* 25. *ley* 41. *de Toro*).

21 Tambien con arreglo á lo expuesto si el padre instituye al hijo por heredero universal, dexando el usufructo de todos los bienes á su muger ó á un extraño por el tiempo de su vida, valdrá únicamente el legado del usufructo en los bienes que excedan la legítima (*núm.* 26.). Y finalmente de tal modo se ha de despreciar el gravámen con que se dexe la legítima, que aunque sea favorable al hijo no ha de tenerse en consideracion (*núm.* 27.).

22 No es propio de la legítima necesaria el que se tenga por no puesto el gravámen con que se dexe, sino es tambien de la voluntaria por suceder en lugar de aquella: en cuya atencion instituyendo el padre en alguna cosa ó cantidad al hijo que renunció de la sucesion paterna con juramento, ó al hijo espurio que impetró del Príncipe la legitimacion para suceder solamente en lo que el padre ó madre quiera dexarle, se tiene por no puesto el gravámen que le imponga (*núm.* 28.) (*1*).

23 Lo que hemos dicho de la condicion baxo la qual se dexe la legítima, debe extenderse á la potestativa y fácil de cumplirse por el hijo (*n.* 29.): exceptuando aquella facílima *si quisiere*, porque de nin-

(*1*) Véase al Suarez *letra* Q que lleva fundadamente lo contrario.

Universidad Rey Juan Carlos

ningun modo extingue la suidad que exîste en el hijo, sino la necesidad precisa de mezclarse en los bienes segun dispuso el derecho pretorio, y de consiguiente ningun gravámen induce (*núm.* 30.).

24 Si alguno se conviene con sus hermanos en que ha de percibir menor porcion que la que corresponde á su legítima, ó toda esta con algun gravámen, consintiendo el padre ó la madre de cuya sucesion se trata, y perseverando hasta su muerte, es válido el dicho convenio, bien se haga en el acto de testar, bien ántes, bien despues (*núm.* 31. *vers. Secundò præterquam*) (*I*).

25 Quando el hijo gravado en la legítima repudia y tiene substituto ó coheredero, se transfiere á estos el gravámen, porque la legítima repudiada no se dice mas *legítima*, y con la mutacion de la persona se muda la qualidad de la cosa (*núm.* 33.).

26 Los mismos remedios que competen al hijo constituido en la patria potestad contra el testamento del padre, competen al hijo emancipado, de forma que en quanto al efecto de suceder por testamento, abintestato y contra el testamento ninguna diferencia hay entre ellos. En quanto á otros particulares sí median entre uno y otro varias diferencias, y así (omitiendo otras diversidades que anteriormente quedan expuestas) el hijo constituido en la patria potestad no puede comparecer en juicio sin licencia de su padre, y le adquiere el usufructo de los bienes adventicios á este, en quien reside la administracion legítima de la persona del hijo y de sus bienes, de lo qual nada se verifica en el hijo emancipado (*núm.* 34.).

27 Si

(*I*) Lo demas de este núm. es indudable y no necesita de expresarse por la doctrina contenida en el *núm.* 10. *de este cap. y comp.*

Universidad Rey Juan Carlos

27 Si el hijo es preterido ó desheredado sin causa por la madre ó algun ascendiente de su línea, no subsiste la disposicion, y si lo fué con causa le compete la querela, segun diximos quando la pretericion ó desheredacion es por el padre ó ascendiente paterno (*núm.* 35.). Y esto mismo acontece en favor del padre, madre ó ascendientes de ámbas líneas (que pueden desheredarse por ocho causas contenidas en la *ley* 11. *tít.* 7. *part.* 6.) siendo preteridos ó desheredados por sus descendientes, los quales por la *ley* 5. *de Toro* aun constituidos en la patria potestad pueden hacer testamento teniendo la edad legítima. Esta doctrina se confirma con la *ley* 6. *de Toro* (hoy la 1. *tít.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.*), de la qual se infiere no tan solo que los emancipados é hijos que estan en la potestad suceden sin diferencia á sus ascendientes contra sus testamentos, sino es tambien por el contrario los ascendientes á sus descendientes con los mismos remedios de que gozan los descendientes que no se hallan en la potestad: debiendo extenderse esta doctrina al caso de que el hijo haga testamento de los bienes castrenses y quasicastrenses, por hallarse hoy sujetos á la querela como lo acredita la citada ley 6. por aquellas palabras: *en todos sus bienes de qualquier calidad que sean* (*núm.* 36.).

28 El hermano preterido ó desheredado sin causa ó con ella, aunque es heredero abintestato, no tiene remedio alguno contra el testamento, porque la obligacion de instituir ó desheredar se versa únicamente respecto de los descendientes y ascendientes; bien que esto no puede correr quando el hermano instituye una persona torpe, pues entónces el hermano germano ó consanguíneo (y no el uterino, hijo de hermano ú otro qualquiera consanguíneo) puede romper el testamento mediante la querela en un todo y no solamente en parte; á no ser que

Universidad Rey Juan Carlos

que la tal persona torpe hubiera de suceder abintestato faltando testamento, ó el dicho hermano hubiese cometido contra su hermano alguna de las 3 causas de ingratitud que expresa la *ley* 12. *tít.* 7. *part.* 6. *vers. Pero*, y no es necesario inserir en el testamento, sino es que se pruebe por la persona torpe instituida. Tambien tiene lugar la ruptura del testamento en un todo, siendo instituido el hermano en su legítima que era y es hoy la quarta parte de los bienes, como la persona torpe sea instituida en lo demas (*I*). Y en el caso de que sean muchos los instituidos de los quales uno es persona torpe, podrá el hermano rescindir el testamento con respecto á la parte de aquella, sino es que repudia, en cuyo caso acrecerá á los coherederos y nada pertenecerá al hermano: sin que sea de omitir que muriendo alguno abintestato podrá sucederle el hermano, no obstante que hubiese cometido contra él alguna de las tres causas de ingratitud (*núm.* 37. *ley* 12. *tít.* 7. *y ley* 2. *tít.* 8. *part.* 6.).

29 Por persona torpe se entiende qualquiera infame de derecho; v. gr. el condenado por sentencia á causa de haber cometido algun delito público, ó privado como fuese de injuria, de hurto y arrebatamiento de bienes, ó por haber cometido dolo en los quatro contratos de sociedad, depósito, tutela y mandato; el usurero público ú oculto, y el que tenga dos mugeres, dos esposas, ó muger y concubina. Tambien se dice persona torpe en nuestra materia el infame con infamia de hecho, cuya opi-

(*I*) A los hermanos y consanguíneos no se debe legítima, pues si se hace testamento, no hay obligacion de dexarles cosa alguna, y si suceden abintestato, percibirán todos los bienes con la carga del funeral y sufragios correspondientes al pais, calidad, caudal y circunstancias del difunto (*ley* 16. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la novís. Recop.*).

Universidad Rey Juan Carlos

opinion por razon de su oficio, vida ó costumbres se halla manchada entre las personas graves y honestas: la propia meretriz ó concubina, el hijo espurio de algun Sacerdote (no otro qualquiera simplemente natural, por no ser tan odioso ni reprobado), el jugador, el borracho, el alcahuete, el ganapan (*1*), el representante ó persona que por el interes hace ostentacion al pueblo de alguna habilidad suya ó espectáculo, y otros cuya designacion queda al arbitrio del Juez (*núm.* 38.): siendo digno de notar que en el fuero de la conciencia puede qualquiera instituir á un extraño persona honesta y de buena opinion, y preterir al hermano ó consanguíneo pobre, porque segun ley ninguna legítima se le debe (*núm.* 39.) (*a*).

CAPITULO XII.

De los legados.

1 Explicada la materia universal de las últimas voluntades se ha de hablar finalmente de los legados. Por derecho antiguo se diferenciaban estos de los fideicomisos así en la forma como en el efec-

(*1*) En atencion á que S. M. ha declarado por su Real Cédula de 18 de Marzo de 1783 que el oficio de curtidor, de sastre, de zapatero y otros á este modo son honestos y honrados, y que su uso no envilece al que los exerza ni á su familia, con otras varias declaraciones favorables á dichos oficios; no se tendrán por infames ni en la presente materia ni en otra alguna los mozos de cordel, los ganapanes y qualesquiera otros que aunque exerzan mecanismo en grado superior, se ocupen en cosa por sí inocente y beneficiosa al Estado (*Véase al Señor Elizondo en el* 4. *tom. de su práct. univ. for. pág.* 193. *núm.* 76. *y pág.* 208. *núm.* 98.).

(*a*) La contraria opinion lleva el Autor en la *ley* 8. *de Toro núm.* 4. (*núm.* 38.).

Universidad Rey Juan Carlos

efecto; y aunque subsiste la diferencia en quanto á lo primero, porque el legado se dexa inmediatamente dirigiendo las palabras al mismo legatario; v. gr. *lego á Francisco ciento*; y el fideicomiso se dexa con palabras obliquas dirigiéndolas al heredero y gravándolo á dar alguna cosa á otro; se derogó la diferencia en quanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos, de suerte que quanto tenga lugar en los unos ha de tenerlo en los otros (*núm.* 1.).

2 El legado es cierta donacion que se dexa por el testador y ha de prestarse por el heredero (*n.* 3.), la qual puede hacerse solamente con señales que manifiesten la voluntad de aquel, como por exemplo el movimiento de la cabeza ó de los hombros: debiendo el Escribano ó Notario escribirlas para que despues se pueda probar y colegir el ánimo del difunto (*núm.* 2.).

3 Si el testador entrega el legado al legatario sin expresar que lo hace por causa de haberlo ántes dexado en su testamento, se convierte en una donacion pura y por todos conceptos se reputa tal; pero si lo entrega con expresion de la causa referida permanece legado, teniendo lugar en él quanto se halla dispuesto sobre este, aunque el dominio pasa al legatario que lo recibe por el título general *pro suo* á causa de haberse dexado anteriormente, como quando el deudor baxo condicion paga ántes de verificarse esta; y asimismo en el medio tiempo ántes de la muerte del testador lucra los frutos (*núm.* 4.).

4 Al legatario se deben todos los frutos percibidos por el heredero muerto el testador ántes ó despues de la adicion, por retrotraherse al tiempo de la muerte; mas no se deben los percibidos por el mismo difunto, en atencion á que consta de su

vo-

Universidad Rey Juan Carlos

voluntad que ántes no quiso obligarse ; sino es que legó la cosa con sus frutos y emolumentos (*n.* 5.).

5 Consistiendo el legado en cosa cierta en especie pasa *ipso jure* despues de la muerte del testador el dominio al legatario sin tradicion alguna, y de consiguiente le compete la reivindicacion, siempre que el difunto fuese dueño de la cosa ; pues si solamente era poseedor de buena fe no se transfiere mas que el quasi dominio y accion publiciana, que tampoco se traspasa al legatario, si el testador tenia la cosa sin título, ó título sin habérsele entregado la cosa ; por no competirle entónces á este ni uno ni otro. Y además de la reivindicacion compete al legatario la accion personal é hipotecaria aun despues de la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* en la que se dispone que se deban los legados, aunque no se ada la herencia: porque sin embargo de que no interviniendo adicion, no hay quasi contrato del qual resulta la accion ú obligacion personal entre el heredero y legatario, ni accion hipotecaria mediante á que no puede subsistir sin la personal, compete á este último una accion personal dativa que se llama *condictio ex lege* ó á lo ménos el oficio del Juez, á los quales se agrega la hipotecaria. Asimismo consistiendo el legado en servidumbre ú otro derecho incorporal, *ipso jure* se traspasa sin tradicion; pero si el legado consiste en una cosa en género ó en cantidad tan solo, competen al legatario las acciones personal é hipotecaria, no la reivindicacion por no transferirsele el dominio ántes de la entrega (*núm.* 7.).

6 No vicia el legado el error respecto de la cosa legada en el nombre propio impuesto por beneplácito de algun particular, como por algun motivo conste del legado, porque con la voluntad solamente puede mudarse ; mas si lo vicia el error

Universidad Rey Juan Carlos

que consiste en el nombre apelativo ó comun impuesto por la misma naturaleza ó derecho de gentes, á no ser que la cosa legada se halle presente y manifiesta, como si el testador diga de un buey: *lego este presente caballo*: porque la presencia y vista de la cosa quita todo defecto y error (*núm.* 9. *ley* 28. *tít.* 9. *part.* 6.).

7 El legatario pierde la cosa legada ocupándola por su propia autoridad despues que el heredero ha adido la herencia y tomado la posesion de la cosa legada, porque pretende causa lucrativa y ofende la libertad del testador; sí bien es cierto que aquel que ocupa por su propia autoridad la cosa propia ó debida por otro título, no pierde su derecho sino es que interviene violencia expulsiva: debiendo limitarse la expuesta doctrina en el caso de que el testador diese licencia al legatario para que la ocupase autoritativamente, pues no incurre entónces en pena alguna; como asimismo en el caso de que este sea executor del testamento, mediante á que del mismo modo que tiene facultad para pagar á otros la tiene para pagarse á sí mismo (*núm.* 10.).

8 Como valen los legados y todo lo demas contenido en el testamento ó codicilos, aunque no se ada la herencia por testamento ni abintestato, segun dispone la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.* y hemos dicho en varios lugares, no tendrá lugar en el dia la quarta falcidia (*núm.* 11. *vers. Hodie tamen* (*a*).

9 No tan solo puede reconvenir el legatario al heredero ó herederos, sino tambien al albacea si aca-

(*a*) Siguen esta opinion Spino y Cevallos, pero lo contrario juzgan mas probable y verdadero el Señor Molina (*de primog. lib.* 1. *cap.* 17. *núm.* 10.), Matienzo, Pichardo, el Señor Castillo y otros muchos AA. (*núm.* 13. *vers. Hodie Falcidiam*).

Universidad Rey Juan Carlos

acaso lo nombró el difunto, para que pida la cosa legada al heredero, ó la tome de la herencia y la entregue, aunque no se le dexe ningun lucro, por bastar solo la aceptacion del oficio que se le impuso: advirtiéndose que los executores testamentarios no pueden por su propia autoridad tomar los bienes hereditarios, venderlos y pagar con su valor sinó es que el testador lo manda ó permite, ó son executores universales constituidos por el difunto para distribuir los bienes entre pobres; bien es verdad que no obstante la licencia del testador los albaceas particulares deben ántes requerir á los herederos, preguntándoles en qué bienes, de qué modo ó forma se puede cumplir la voluntad del difunto para que se les perjudique lo ménos que ser pueda (*núm.* 12.).

10 Si el difunto legó alguna cosa agena con ciencia de serlo (cuya prueba incumbe al legatario por ser causa de su intencion), vale el legado, mas si ignorándolo, sucede lo contrario, siempre que el legatario no sea conjunta persona dentro del décimo grado, sirviente propio ó amigo muy íntimo; porque se presume que aun sabiendo ser agena legaria á todas estas personas (*núm.* 13.).

11 Legando el testador la cosa de su heredero, bien sea con ignorancia, bien sin ella, vale el legado, aunque no se transfiere *ipso jure* el dominio en el legatario, como si hubiese legado una cosa propia, y debe restituir la cosa legada el heredero que fué gravado especialmente á ello; pues si habiendo muchos herederos todos son gravados llanamente á la restitucion de la cosa de uno, este queda obligado tan solo á prestar la cosa ó su estimacion á proporcion de su parte hereditaria, quedando libres los demas herederos por lo respectivo á las otras partes, si la cosa se dexó con ignorancia por ser agena, no de otra suerte (*núm.* 14.).

Universidad Rey Juan Carlos

12 Quando el testador lega llanamente la cosa en que solo tiene alguna parte ó derecho, este se conceptua legado únicamente, bien sea real, bien personal, bien se dexe el legado á persona conjunta, bien á persona extraña, bien con ciencia, bien con ignorancia de aquel; aunque sí pertenecerá enteramente al legatario, si el testador la legase toda, ó toda la consiguiese despues, á no ser que aquel hiciese expresion del dominio ó derecho diciendo: *lego mi cosa ó el derecho que me pertenece.* Y en tanto es esto verdad que aun sin embargo de que el tal derecho se extinga con la muerte, no se extiende á mas el legado: por cuyo fundamento si el testador lega llanamente la cosa en que tan solo tiene el usufructo, se contempla legado este únicamente, y de consiguiente como ha de perecer con su muerte, nada se debe al legatario; mas siendo la cosa agena y teniendo en ella tan solo la detentacion ó posesion el testador, se debe recurrir á la mencionada distincion de si es sabidor ó ignorante: bien entendido que esta doctrina se extiende tambien al caso de que el derecho del testador no sea adquirido de presente sino debido por alguna esperanza probable; de lo qual se infiere que si instituye muchos herederos, ó impone á uno de ellos el gravámen de que preste á otro una cosa hereditaria, se considera gravado solamente á dar su parte sin obligacion de redimir las demas de sus coherederos (*núm.* 15.).

13 El aumento que tenga la cosa legada propia del testador, pertenece al legatario siempre que no conste de la voluntad contraria de aquel; pero si se lega la cosa agena con ciencia de serlo, ni el aumento ni la estimacion de este le pertenece. Asimismo la diminucion de la cosa legada es en perjuicio del legatario, y por tanto si el testador enagena parte de la que legó, lo que resta se debe al le-

legatario: siendo digno de advertir que legando el testador algun oficio, que habian de comprar los herederos, como ántes de que estos hagan la entrega, lo compre el legatario, podrá recuperar de ellos el precio y todos los gastos, así necesarios como acostumbrados á hacerse para tomar la posesion del oficio y exercerlo (*núm.* 16.).

14 Los herederos estan obligados á pagar los legados con respecto á sus porciones hereditarias, del mismo modo que tienen que satisfacer las deudas del difunto, y de suerte que aunque alguno no tenga para pagar, los otros no quedan gravados: debiendo esto entenderse aun quando los herederos fuesen muchos y el testador hubiese dicho: *mi heredero pague á Francisco ciento*; y aun siendo reconvenidos con la accion hipotecaria por las cosas del difunto; pero debe limitarse en varios casos. El primero, quando el testador mencionó á los herederos no con nombres apelativos sino con los propios; pues entónces quedan obligados por partes iguales, y si son llamados con ámbos nombres, se ha de mirar al que precede (*Véase la nota del cap.* 5. *y núm.* 19. *de este comp.*). El segundo, quando son gravados tan solo algunos herederos, porque estos satisfarán los legados únicamente, atendiéndose la expuesta distincion. El tercero, quando el difunto gravó á los herederos alternativamente diciendo: *mando á Diego y á Manuel mis herederos que den cierta cosa á Pedro*; en cuyo caso cada uno de ellos queda obligado *in solidum*, de modo que el legatario puede reconvenir á qualquiera, y si alguno paga no puede pedir la parte al coheredero; sinó que la porcion de aquel no fuese suficiente para la satisfaccion; bien que si la alternativa se pone entre los legatarios, se resuelve en conjuntiva y á cada uno se debe la mitad, á no ser que pertenezca al heredero

Universidad Rey Juan Carlos

la eleccion de pagar á quien quiera. El quarto, en el legado individuo en que todos quedan obligados. Y el quinto, quando el legado consiste en cosa y especie cierta cuyo dominio pertenece al legatario y la posee un solo heredero; pues este únicamente puede ser reconvenido con la accion reivindicatoria ó hipotecaria por la misma cosa y no por otras del testador (*núm* 17.).

15 Si teniendo el testador muchas cosas de un mismo género pero de diverso valor v. gr. muchos caballos ó fundos, lega uno á un amigo y otro á otro, siempre que haya discordia, deberá elegir el que primero fué mencionado, por juzgarse el mas querido del difunto (*núm.* 18.).

16 Legando el testador simplemente doscientos al hijo ó hija que se espera nacer, aunque nazcan muchos no se deben mas de unos doscientos que han de dividirse entre ellos; pero si se legan distributivamente diciendo: *si algun hijo ó alguna hija nazca, le lego doscientos*; á cada uno se debe esta cantidad. Y lo mismo sucede quando el testador lega en plural á sus hijos ó á los hijos de algun tercero que se esperan nacer, la dicha cantidad, siempre que use de alguna diccion distributiva: porque en caso de duda la proposicion indefinida que equivale á universal, se ha de entender colectivamente, sin que haya diferencia en quanto á este punto entre los hijos nacidos y los que se esperan nacer (*núm.* 19.).

17 Si el testador lega á uno alguna cosa simplemente é *in solidum*; y despues la lega á otro del mismo modo, se ha de dividir entre los dos por partes iguales, y si el uno sucede al otro, puede aceptar la cosa por su persona y repudiarla por la del colegatario ó al contrario, si acaso respecto de una se impuso gravámen y no respecto de la otra;

si-

sino es que conste manifiestamente haber querido el difunto que uno consiguiese la cosa y otro su estimacion, pues entónces el legatario que sucede al otro, ámbas cosas puede conseguir por hacer las veces de dos. Lo propio sucede quando una misma cosa se lega á diversos en diferentes testamentos y uno sucede al otro, mediante á que por un testamento obtiene la cosa y por otro su estimacion. No obsta el concurso de dos causas lucrativas, porque no se verificó originalmente en una persona (*núm.* 20.).

18 La parte quotitativa de bienes v. gr. la tercera ó quarta que lega el testador á cierta persona, se ha de satisfacer de los bienes propios hereditarios, sin que el heredero tenga arbitrio de pagar con estos ó con la estimacion, segun acontecia por derecho romano. Esto se comprueba eficazmente con la *ley* 20. *de Toro* (*hoy la* 4. *tít.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.*), en la que se halla dispuesto que el hijo mejorado en el tercio de sus bienes ó el extraño á quien se dexa el quinto, obtengan uno y otro en los bienes hereditarios, y que los demas hijos ó nietos no puedan decir que quieren pagarlo en dinero. Y aunque la citada ley habla únicamente en el caso de que el padre haga testamento entre sus hijos ó descendientes, instituyéndolos por herederos y mejorando á alguno en el tercio ó dexando el quinto á un extraño, se debe extender al caso de que el testador instituya á una persona extraña y á otra dexe una parte quotitativa de bienes, en atencion á que la ley nueva que habla sobre un particular se extiende á los demas semejantes: mayormente quando es de creer que precisando la ley á los hijos ó descendientes á entregar el quinto en los bienes hereditarios, con mas motivo precisaria á un extraño á satisfacer en estos la parte quotitativa qualquiera que

sea,

Universidad Rey Juan Carlos

sea, pues la referida ley habla solamente del quinto, porque habiendo descendientes no se puede dexar mas á un extraño (*núm.* 21.).

19 Los frutos de la cosa legada se deben desde la muerte del testador, si fué propia de este y consiste en especie, por quanto pasa el dominio inmediatamente al legatario: si consiste en cosa genérica ó agena, no se deben sino desde el tiempo de la mora por no transferirse el dominio, sucediendo lo propio por la misma razon en la quota ó parte de bienes legada; y últimamente si el legado consiste en universidad como en un hato de ganado, se deben los frutos desde el tiempo de la muerte, ó por mejor decir, desde el tiempo que se hizo el testamento, porque se reputa un mismo cuerpo y legado, de forma que el legatario no puede aceptar una res y repudiar otra (*núm.* 22.).

20 Si el testador lega un hato propio en el qual se halla cierta cabeza agena bien lo sepa, bien lo ignore, no se entiende legada esta, así porque legado el hato no se conceptua legada cada una de sus cabezas, como por que en duda se presume legar tan solo el derecho que se tiene; mas si por el contrario todas las cabezas son agenas á excepcion de una, ignorándolo el testador, no se debe mas que la propia, y teniendo ciencia todas se deben ó su estimacion (*núm. dic. vers. Circa quod*).

21 Quando el testador dexa algun legado inútilmente por falta de solemnidad ó por otra causa, y despues en otra disposicion solemne lo repite diciendo: *item lego ciento ó tal cosa*; se juzga repetido y confirmado el primer legado inútil. Y si precediendo un legado útil ó inútil, se sigue otro á favor de la misma persona ó de otra diversa con alguna diccion que induzca repeticion, la qualidad del primer legado v. gr. una condicion se conceptua repeti-

tida en el segundo; pero esto debe entenderse quando es de tal clase la qualidad que muy bien se puede poner respecto de ambas personas en género, y asimismo quando se dexa el segundo legado con una oracion imperfecta, como si el testador dixese: *lego á Francisco un caballo y además lego al mismo ó á Pedro un buey.* Tambien se entiende repetida la qualidad hallándose en el segundo legado y no en el primero: de todo lo qual se colige que si un testigo hizo alguna declaracion nula en cierta causa, y despues en la misma ó en otra diversa se refiere á lo que ántes declaró, vale su dicho (*núm.* 23.).

22 Puede legarse la cosa que no exîste, pero se espera exîstir, así como se puede vender, donar &c.; y aunque el tal legado es condicional con respecto á la accion ú obligacion, por quanto no nace hasta que la cosa exîsta, mediante la tácita condicion intrínseca legal, no lo es para impedir la transmision (*núm.* 24.).

23 Poniéndose alguna carga ó gravámen en el legado tan solo es válido en lo que resta despues de cumplido el gravámen: en cuya atencion si al hijo incapaz de adquirir fuera de cierta parte de bienes ó de los alimentos se le dexa algo mas gravándolo en el exceso, valdrá sin duda el legado: lo qual se confirma con que en el contrato de venta se debe la alcabala con respecto al precio que en el vendedor queda deducidas todas las expensas que hizo (*núm.* 25.) (*a*).

24 Si el deudor lega al acreedor la deuda y á este no se le sigue utilidad, es de ningun momento el

(*a*) Por la *ley* 1. *tít.* 17. *lib.* 9. *de la Recop.* es cierto que la alcabala debe deducirse de todo el precio (*núm.* 28. *vers. Licet quæstio*).

Universidad Rey Juan Carlos

el legado; mas siguiéndosele sucede lo contrario. Baxo de este supuesto valdrá el legado de la deuda si esta era condicional ó *in diem* y el legado puro ó hecho simplemente: si al deudor competia alguna excepcion: si la deuda consistia en cierta cosa ó especie, porque legándose se transfiere el dominio: y en otros casos semejantes: siendo digno de advertir que aunque el legado de una deuda pura y líquida, cuya prescripcion corre, sea nulo, no obstante se interrumpe esta, mediante á que se confiesa la deuda (*núm.* 26.).

25 Legando el deudor alguna cosa al acreedor, no se entiende que lo hace con el ánimo de compensar, siempre que la deuda sea voluntaria, como la que dimana de hecho propio ó contrato, y así el acreedor podrá pedir uno y otro, segun se verifica dexando algun legado el marido á la muger, pues no se compensa con la dote, aunque legase la misma suma en número ó cantidad en que esta consiste. Y lo mismo sucede quando el deudor lega al acreedor alguna cosa hipotecada por la deuda. Pero siendo la deuda necesaria se discurre que se dexa el legado con la intencion de compensar, si no consta de lo contrario: por cuyo fundamento legando el padre al hijo ó á la hija, parece que les dexa la legítima, ó que compensa con la dote que por ley tiene obligacion de dar á esta; sin que de aquí pueda inferirse que el legado que dexa el marido á la muger se computa en la mitad de bienes gananciales, en atencion á que esta no proviene de los bienes del marido, y pertenece á la muger por razon de la promiscua sociedad y trabajo (*núm.* 27. *Véase la ley* 16. *de Toro*).

26 Quando el fiador lega al acreedor lo que debe por algun deudor, exceptuándose los casos en los

qua-

quales puede aquel ser reconvenido sin preceder la excusion, como quando hizo renuncia de ella, ó el deudor está ausente, ó no tiene de que pagar, es válido el legado respecto del acreedor, mediante á que parece que el fiador remite la excepcion de excusion que le compete. Asimismo es válido el legado respecto del principal deudor, porque se discurre que el fiador desea pagar por él sin esperanza de reconvenirlo, y por tanto el deudor tiene la accion *ex testamento* contra el heredero del fiador á fin de que satisfaga la deuda y lo dexe libre, aun sin embargo de que el testador no expresase que el deudor no fuera reconvenido; bien que lo dicho debe entenderse en el caso de que el fiador legase especialmente al acreedor la deuda, mas no si en general dixese que se paguen todas sus deudas; pues entónces no se contempla que lega lo que debe en nombre ageno, sino lo que debe en nombre propio, á no ser que deba solamente como fiador (*núm.* 28.).

27 Si lega el testador simplemente algunas monedas que pueden entenderse de un valor ó de otro, se ha de interpretar la mente del difunto por seis notables conjeturas, es á saber, por su uso y modo de hablar, por la costumbre del pueblo ó Religion en que se versa, por la dignidad del legatario, por el afecto que á este tenga el testador, por el parentesco que medie entre los dos y por las cláusulas anteriores ó siguientes del mismo testamento; pues si en la cláusula precedente ó posterior la moneda legada se tomó por cierto precio, legándose ántes ó despues se ha de tomar por el mismo (*núm.* 29.).

28 Dexando el testador á cierta persona todas las cosas de un mismo género con alguna qualidad

Universidad Rey Juan Carlos

que se halla en unas y no en otras, como si dixese: *lego todos mis siervos con el peculio que tienen*, no teniéndolo algunos de estos; sin embargo todas se deben, porque la mencion de la qualidad se hizo para que se debiese juntamente con lo principal, no para que tan solo se comprehendiesen en el legado las cosas en que se halla; sí bien es cierto que esto no puede correr, quando hable el testador con limitacion diciendo: *lego los siervos que tienen peculio*; pues en este caso aquellos que lo tengan se contienen únicamente en el legado (*núm.* 30.).

29 Debiéndose alguna cantidad respecto de cierta especie, como esta perezca, queda libre el deudor en quanto á aquella: y así aunque legando el testador una cosa á dos *in solidum*, á uno se debe esta y á otro su estimacion, perteneciendo la eleccion al que primero contestase el pleyto; si á uno se paga la cosa y perece fortuitamente, se libra el heredero con respecto al precio que habia de prestar al otro. No obsta que el deudor de cantidad no se libra pereciendo esta, ni aun pereciendo todos sus bienes, porque en el caso de que hablamos, el precio ó estimacion no se debe simple y absolutamente sino con respecto á la misma cosa para que su valor se preste á otro: quedando libre el heredero, si por ventura redime la cosa del primero á quien se pagó y la da al segundo, como si le entregase la estimacion. En este supuesto faltando la cosa, juntamente se libra tambien el heredero en quanto á su precio, mediante á que se debe con respecto á la cosa si esta no se paga: mayormente quando es necesario que permanezca para que se pueda tasar y estimar. Tampoco obsta que pereciendo la cosa vendida aun ántes de la tradicion, no se libra el comprador de satisfacer el precio, sin embar-

Universidad Rey Juan Carlos

bargo de que se debe respecto de la cosa vendida; porque en este caso y otros semejantes que pueden proponerse, se debe el precio simple y absolutamente, aunque se originó y causó respecto de la cosa, y por tanto el deudor no se libra entregando esta, ni se requiere su exîstencia para que se estime ó aprecie (*núm.* 31.).

30 Si el testador lega alguna cosa en género inferior que tiene ciertos fines determinados por la naturaleza como un buey ó un caballo, teniendo de estos debe elegir el legatario alguno que sea de un precio medio, y no teniendo, el heredero debe hacer la misma eleccion. Todo lo qual se entiende quando el testador lega simple y absolutamente, no si dirige sus expresiones al heredero ó legatario, porque en este caso elegirá la cosa que quiera, aunque sea la mejor. Si la cosa legada en género no tiene fines determinados por consistir en número ó medida, como si se legasen ciertas medidas de trigo y el testador dexó de este género en su patrimonio, de él debe satisfacerse; y no dexando el heredero ha de comprarlo y hacer la paga: de cuya doctrina se infiere que pereciendo sin culpa del heredero todas las cosas de aquel género contenidas en el patrimonio del difunto, se extingue el legado y no se debe pues siempre que alguno es deudor no absolutamente sino respecto de la cosa en la que se puede hacer la paga, faltando aquella queda libre, como si fuese deudor en especie. Asimismo se infiere que si el testador enagena voluntariamente las mencionadas cosas, se contempla que revoca el legado; debiendo advertirse que en el presente caso si la eleccion pertenece al legatario, puede intentar contra los herederos la accion *ex testamento* ó la accion *ad exhibendum* para que manifiesten las cosas del

gé-

Universidad Rey Juan Carlos

género que se dexó el legado y tienen en el patrimonio del difunto con el fin de gustarlas y hacer la eleccion. Tambien se debe advertir que legándose el vino no se comprehenden en el legado los vasos grandes que con dificultad se mueven, ni los pequeños con los quales se muda de un lugar á otro, como v. gr. odres ó tinajas de barro. Y últimamente si el testador no lega cosa en género sino restringiéndose á las cosas de algun género; v. gr. *lego un siervo de los que tengo*, pertenece absolutamente la eleccion al legatario: sucediendo lo mismo si dixo: *lego uno de mis Pedros* teniendo muchos (*núm.* 32. *Véanse los nn.* 7, 8, *y* 9. *cap.* 11. *tom.* 2. *de este comp.*).

31 Dexándose algun legado con la condicion de dar cierta cantidad ó cosa, no basta dar una parte de esta para conseguir otra del legado: é igualmente muriendo el legatario con muchos herederos, no puede uno dar su parte con el mismo fin, porque todos se reputan una misma persona con el difunto; y así como este no puede, tampoco aquellos. Pero lo contrario acontece haciéndose á muchos un legado baxo la condicion de dar, en cuyo caso es suficiente que alguno ofrezca su parte para obtener otra del legado, siempre que la condicion de dar se ponga en la persona de los legatarios; pues si se pone en la persona de dos ó mas á quienes se ha de hacer la paga, como si se dixese: *lego á Manuel tal cosa con la condicion de dar ciento á mis dos herederos*; no basta dar á uno la parte que le corresponde para obtener otra del legado, y por tanto debe satisfacerse á todos (*núm.* 23. *Véase el núm.* 31. *cap.* 10. *de este comp.*).

32 Quando el testador lega á una persona cierto fundo que se halla en su patrimonio, y á otra cier-

ta

Universidad Rey Juan Carlos

ta cantidad, y por ventura en la herencia no se encuentra mas que el mencionado fundo, este se ha de dividir á prorata entre los dos legatarios, y habiéndose hecho la paga por el heredero á uno enteramente, puede el otro reconvenir á este para la restitucion de su parte (*núm.* 34.).

33 Si la cosa legada ó puramente ó baxo condicion es agena, y el legatario la compra ó adquiere del verdadero dueño ó de otro tercero, bien en vida del testador, bien despues de su muerte, bien con ciencia, bien con ignorancia, puede pedir la estimacion; pero si la compra al heredero, ni aun el precio puede pedir por ser visto renunciar el legado. Y si la cosa es propia del testador y legada *in diem* ó baxo condicion, comprándola ó adquiriéndola el legatario del heredero pendiente la condicion con ciencia ó ignorancia en vida ó despues de la muerte del testador, bien puede pedir el precio hasta el cumplimiento de la condicion, como tambien si la cosa propia del testador se legó puramente y el legatario la adquiere del heredero con ignorancia viviendo ó habiendo fallecido el testador; pues si la obtiene del mismo sabiéndolo, pierde el legado porque se juzga que lo renuncia (*núm.* 35.).

34 Los legados puestos en la institucion se entienden repetidos en caso de duda en la substitucion, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria, y por tanto lo contrario sucede constando de la voluntad del difunto expresa ó tácitamente, como quando cesa la causa por que mandó el difunto al heredero entregar á otro alguna cosa. Asimismo si el testador lega á Francisco diez para que los satisfaga el instituido, y despues al dicho otros diez para que los pague el substituto, se contempla repetido el legado

y

Universidad Rey Juan Carlos

y no se deben ambas cantidades: y si el testador hubiese dicho genéricamente que se paguen por el substituto todos los legados que dexa, se deberán por este puramente sin atender al dia ó condicion puesta con respecto al instituido (*núm.* 36.).

35 La condicion puesta en el legado si es casual, en ningun caso pasa al substituto; pero sí pasa á este ó á aquel que le suceda en el legado, si es potestativa ó mixta, á no ser que haga relacion á la persona y no pueda cumplirse por otra: bien es verdad que la condicion puesta en la institucion no se entiende repetida en la substitucion de qualquiera clase que la condicion sea (*núm.* 37.).

36 Si lega el testador dos ó mas veces una misma cantidad á un mismo legatario en un mismo testamento y escritura, no se juzga repetida la cantidad y sola una se debe, si no es que se dexa por diversos herederos; pues entónces ambas se deben, sean iguales ó diferentes, en atencion á que se juzgan multiplicadas por razon de las diversas personas. He dicho, *en un mismo testamento y escritura*, porque si se lega cierta cantidad en el testamento y despues la misma en los codicilos, ambas se deben legándose simplemente y no por alguna cierta causa. Pero si las cantidades son diversas, hallándose en un mismo testamento y escritura, ó en varias escrituras y disposiciones, todas se han de satisfacer, á no ser que se encuentren en diferentes escrituras principales y originales de un mismo testamento, en cuyo caso se ha de estar á la menor, y siendo una escritura original y otra registro, se ha de mirar á este. Y últimamente es regla general en la materia que variando el testador el modo de legar á una misma persona en la cantidad, qualidad, condicion, tiempo, lugar y causa, siempre se entienda

mul-

multiplicado el legado si no consta de lo contrario (*núm.* 38.).

37 Mas si se lega muchas veces cierta especie mueble ó inmueble por medio de un heredero, una vez tan sola se debe la misma cosa ó su estimacion: lo qual tambien acontece quando despues el tal heredero en su testamento lega la misma cosa al mismo legatario, pudiendo este elegir en virtud de qué testamento quiere intentar la accion correspondiente. Y si la cosa se dexa por medio de muchos herederos simplemente, tan solo una vez se debe por uno ó por otro; pero si se lega por medio de qualquiera *in solidum* en una ó en muchas escrituras, uno está obligado á la cosa, y otro á la estimacion en tales términos que si el legatario consigue primeramente la cosa de uno, no puede despues obtener del otro la estimacion, por concurrir dos causas lucrativas en una misma persona, y si consigue ántes la estimacion, puede conseguir posteriormente la cosa. Lo propio se verifica legándose la misma cosa por diversos testadores y pidiendo en virtud de todos los testamentos: porque si se consigue primeramente la cosa, se consigue todo el derecho pleno y el dominio debido que no recibe aumento, no si consigue la estimacion que se diferencia mucho de la cosa y se consume con facilidad, por lo que no parece que se satisface plenamente al legatario (*dic. núm. vers. Si verò eadem res vel species.*).

38 De la doctrina expuesta se infiere que si el legatario obtiene de algun tercero la cosa legada por título lucrativo, no puede conseguir mas en virtud del legado, mediante á que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa: debiendo extenderse lo dicho en el *núm.* 33. en quan-

Universidad Rey Juan Carlos

to á la adquisicion por título oneroso al caso de que se adquiera por el mismo *prodiviso ó indiviso* parte de la cosa legada enteramente, y al caso que se adquiera toda la cosa habiéndose legado solo una parte. Asimismo se infiere que si á uno se lega en un testamento una cosa en género que ha de comprar el heredero, y otra tambien en género en el testamento de otro, ambas se deben al legatario por no concurrir dos causas lucrativas en una misma cosa sino en diversas: y es de advertir que si el testador lega á uno parte del fundo y despues al tal el mismo fundo simplemente, todo este se debe (*dic. vers. hasta el fin del núm.*).

39 Legando el testador alguna cosa propia con ciencia de hallarse hipotecada, está obligado el heredero á redimirla, y si casualmente lo ignoraba tiene la dicha obligacion el legatario, si no es que por su parentesco ú otra qualidad suya pueda presumirse que aun sabiéndolo se la hubiera legado (*ley* 11. *tít.* 9. *part.* 6.); bien es verdad que si la cosa hipotecada lo está por tanto precio quanto es su valor, indistintamente deberá redimirla el heredero, en atencion á que de otra suerte seria inútil el legado (*dic. ley*). Tambien se halla obligado el heredero á redimir la cosa legada hipotecada, si esta era del legatario, porque se conceptua que el difunto le legó indistintamente el derecho que le faltaba; es á saber, la deuda por que se hallaba obligada (*núm.* 39. *al princip. y al fin vers. Item adde*).

40 Si el heredero ó qualquiera que tiene alguna cosa sujeta á restitucion puramente, *in diem* ó baxo condicion, como el poseedor de algun mayorazgo, el marido respecto de la dote, el inquilino y otros semejantes, hace en el ínterin algunas expensas, puede recuperarlas de aquel á quien se haga la restitucion,

Universidad Rey Juan Carlos

cion, mediante á que se juzga que no las hizo con ánimo de donar: debiendo mirarse v. gr. el valor del edificio con respecto al tiempo de su restitucion, no con respecto al tiempo en que se hizo: Y no tan solo le compete la retencion por las expensas, sino tambien la condicion *indebiti* despues de haber restituido para repetir la cosa y retenerla, por la deuda; bien que en órden á las expensas debemos distinguir. Si son necesarias, siempre pueden recuperarse: y si son útiles, solamente en tres casos, es á saber, quando la persona á quien se restituye la cosa, las hubiera hecho: quando sea rica, y de consiguiente no le sea molestosa la satisfaccion; y quando hubiera de venderla inmediatamente: siendo digno de advertir que aunque el poseedor de buena fe tiene obligacion de compensar los frutos de la cosa con las mejoras hechas en ella, no la tiene el poseedor y dueño de que se habla, por hacerlas en virtud del dominio que tiene en la cosa (*núm.* 40. *Véase al Gom. en la ley* 46. *de Toro nn.* 1, 2, 3 *y* 4.) (*a*)

41 Legándose simplemente algun area, se debe igualmente el edificio que despues se haga sobre ella como aumento de la cosa legada, y si se destruye la cosa que se legó, se debe el area que resta como parte de ella; sin que obste que muerto algun animal que se habia legado, no se debe ninguna de las partes que restan, porque esto se verifica, en atencion á que faltando el alma sensitiva que se juzga la parte principal, la demas como acesorias pe-re-

(*a*) Por la citada *ley de Toro*, que es la *6. tít. 7. lib. 5. de la Recop.* el sucesor del mayorazgo no debe pagar las expensas necesarias ni útiles hechas en la cosa vinculada (*n.* 43. *vers. Illatio ista*).

Universidad Rey Juan Carlos

recen y no se deben; bien que esto tiene únicamente lugar aconteciendo la muerte en vida del testador, no si acaece despues por haberse hecho ya la cosa del legatario y deberle pertenecer lo que restase, segun ha de observarse quando el animal se debe puramente, *in diem* ó baxo condicion por contrato oneroso, ó por contrato lucrativo siempre que perezca purificada la obligacion, pues si perece ántes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, no se deben las partes restantes. Pero si sobre el area que resta hizo el testador algun edificio, no constando de su contraria voluntad, no se debe este por ser una nueva casa, ni el area por ser parte de un edificio que no fué legado, y aun por la misma razon tampoco se debe destruido el segundo edificio: lo qual se entiende quando en un todo se destruyó la casa y se erigió de nuevo, mas no si se iba destruyendo por partes y fué reedificada, en cuyo caso se debe el area con el edificio, porque se contempla el mismo que se legó aunque renovado (*núm.* 41.).

42 Quando el testador dexa algun prelegado á varios de sus herederos instituidos en partes desiguales, se dividirá igualmente entre ellos si los llamó por sus nombres propios, v. gr. *á Pedro y á Francisco mis herederos mando &c.* y si los mencionó por nombres apelativos diciendo: *á mis herederos Pedro y Francisco &c.* se dividirá con respecto á las porciones hereditarias (*núm.* 42. *Véase el núm.* 19. *cap.* 5. *de este comp. y su nota*).

43 Si habiéndose instituido muchos herederos y legado ciento por exemplo á Francisco, exîme de esta prestacion el testador á alguno de sus herederos, los demas deben satisfacerlos cumplidamente (*núm.* 44.).

44 Si

44 Si el testador dixo que Pedro su amigo reciba veinte para que manumita su siervo, ó preste cierta cosa á Francisco, el heredero y no el siervo ó legatario ha de satisfacer la insinuada cantidad; pues aunque la impersonalidad ó incertidumbre en las palabras dispositivas por parte del deudor vicia el acto en los contratos, no en las últimas voluntades, por entenderse gravado á prestar el heredero. Y por el contrario si al legatario ó fideicomisario impone el testador el gravámen de dar alguna cosa sin expresar á quien, se entiende que ha de entregarse al heredero ó herederos á prorata (*núm.* 45. *Véase el núm.* 6. *cap.* 11. *tom.* 2. *de este comp.*).

45 No se puede conferir en la voluntad del heredero el legado, como si el testador dixese: *lego á Juan tal cosa si quisiere mi heredero*: exceptuándose los legados pios y de libertad que no obstante son válidos. Tampoco puede conferirse en la voluntad de un tercero, porque seria una voluntad captatoria, sin embargo de que se puede conferir en la voluntad de un tercero el contrato por no reprobarse en él lo captatorio; pero sí puede dexarse el legado al arbitrio del heredero, pues entónces si fuere justo y equitativo se debe, aunque aquel no lo arbitre, mediante á que mas bien parece cometido al arbitrio de un buen varon. Igualmente puede dexarse al arbitrio de algun tercero, ó por palabras que lo denoten, y se deberá el legado si lo arbitra: sucediendo lo mismo quando se lega baxo la condicion potestativa de un tercero, como v. gr. *si hiciere viage á Cádiz*. Y finalmente tambien puede conferirse el legado en la voluntad del legatario (*núm.* 47.) (*a*).

46 La

(*a*) Disputase si por la *ley* 31. *de Toro*, que es la 5. *tit.* 4. *lib.*

Universidad Rey Juan Carlos

46 La eleccion de la persona del legatario entre personas inciertas á ninguno puede cometerse, como si dixera el testador: *lego ciento á quien eligiere Francisco*; pero sí la eleccion entre personas ciertas; v. gr. *mando tal cosa á uno de mis hijos que eligiere mi heredero*: en cuyo caso aunque el heredero ó comisario sea gravado á elegir á uno solamente, puede escoger algunos de ellos, y por el contrario si es gravado á elegir á algunos, puede escoger á uno tan solo, aun siendo indigno, si no es que le fué cometida la eleccion por palabras que denotasen arbitrio, porque entónces debe elegir el digno y preferirlo á los demas: debiendo admitirse al legado todos aquellos entre quienes habia de hacerse la eleccion, si el heredero ó comisario no eligiese: y pudiendo estos hacer la eleccion en presencia ó en ausencia de la persona electa, en vida ó en muerte, y únicamente delante de dos testigos, mediante á que no es disposicion por sí, sino sola una declaracion: sin que sea de omitir que la persona electa no se dice que recibe de mano del que elige, y sí del primer testador que dispuso (*núm.* 48.).

47 Tambien es válido el legado que se dexa á los pobres de tal pueblo, parroquia ú hospital que eligiere el heredero ó comisario, admitiéndose si estos no eligen, todos los pobres del tal pueblo &c. Asimismo es válido el legado por favor de la causa pia, quando se manda elegir ó distribuir entre los pobres sin asignar pueblo ó parte, aunque no se elija, y si en el lugar donde se hizo el testamento, hay hospital, á él se entregará el legado: si

lib. 5. *de la Recop.* se ha derogado esta doctrina (*núm.* 50. *vers. Sed est controversia*).

si hay muchos, al mas pobre, y si ninguno se halla, el Obispo ó su Vicario lo dividirá entre los pobres del dicho lugar: sucediendo lo mismo en lo que se dexe para redencion de cautivos (*ley* 20. *tít.* 3. *part.* 6.); bien que en el dia por derecho canónico se comete indistintamente la eleccion al Obispo ó su Vicario para que haga la distribucion entre los pobres del referido pueblo ó de otro, haya ó no en él hospital: siendo digno de advertir que sin embargo de que el testador no manifieste expresa ó tácitamente la cantidad, distribuirá el comisario la correspondiente á la qualidad de la persona y del patrimonio (*dic. núm. vers. Ex quibus infertur*).

48 Legando el testador quanto tiene en tal cámara ó lugar, se entienden tambien legadas todas las cosas que allí se pusieren despues por el testador ó por otro de mandato suyo, mas no las que incluyese el legatario ú otro qualquiera ignorándolo el testador (*núm.* 49.): y si habiendo legado el testador el trigo que tiene en su casa, lo consume durante su vida y pone otro en el mismo lugar, se debe este igual cantidad á la que se legó y fué consumida, por juzgarse subrogado en lugar del primero conforme á la intencion del testador (*núm.* 50.).

49 Si el testador lega á Pedro quanto tendrán los herederos, percibirá aquel la mitad de la herencia y estos la otra mitad: aconteciendo lo propio si legó á Pedro tanto quanto tendrá el heredero, porque la proposicion indefinida equivale á la universal; pero si le lega quanto tendrá un heredero, se debe únicamente la menor parte en que sea instituido uno de los herederos. Y en el caso de que el testador simple y absolutamente grave á sus herederos á dar v. gr. ciento á Francisco, esta cantidad se ha de satisfacer por todos, y cada uno no

no ha de dar una diversa: lo qual tambien se verifica por la expuesta razon, quando el testador dixo: *mi heredero dé &c.* mas lo contrario acontece si se valió de palabras distributivas diciendo: *qualquiera pague* (*núm.* 51.).

50 No puede gravar el testador al que no dexe alguna utilidad pecuniaria, sin embargo de que le haga algun otro beneficio considerable, como si lega al siervo el derecho de patronato, ó al acreedor alguna cosa mueble ó inmueble que le debe por contrato, con lo qual se le transfiere el directo y pleno dominio; sí bien es cierto que puede gravar á la persona que disfrute el cómodo del favorecido, ó á la que se repute una misma con este, por exemplo al heredero del heredero ó al padre del heredero; y en atencion á lo dicho si el testador lega cierta cantidad á alguna, vale en ella el gravámen, y si grava en mas no vale el legado en el exceso. Pero si grava á cierta persona á que restituya alguna cosa suya percibida cierta cantidad, es válido el gravámen aunque la cosa sea de mayor precio, porque parece que la estima en tanto quanto percibe: lo qual no sucede quando el testador lega alguna cosa propia con el gravámen de dar alguna cantidad que exceda el valor de la cosa con sus frutos, mediante á que sin embargo de que el legatario aceptase el legado podia ignorar justamente la estimacion de la cosa del difunto ó de otro tercero (*núm.* 54.).

51 Legando el testador simplemente la lana, se comprehende en el legado tan solo toda la que se halla separada del cuerpo del animal, esté ó no en la piel, sin que se haga distincion entre la lana cardada, hecha estambre ó hilada; pero no se contiene en el legado la que se haya hecho tela ó esté

té teñida, no obstante que lo contrario se verifica en el lino legado, porque la lana por la tintura y texido se hace de mas precio que el lino (*núm.* 55.).

52 El legado se entiende revocado tácitamente por la enemistad capital que se origine entre el testador y el legatario, no por enemistad leve, y convalece por la nueva y tácita voluntad si despues se hacen amigos. Tambien se entiende revocado el legado, si se entrega por título lucrativo y translativo de dominio, por no haber motivo para presumirse otra cosa: como asimismo si se enagena y entrega por título oneroso sin urgencia alguna, la que siempre se presume en duda, y el heredero tiene que probar lo contrario: y en tanto es esto verdad, que aunque despues de la enagenacion de la cosa la redima el testador, no convalece el legado, exceptuándose el que fuese pio. Pero si se obliga ó hipoteca la cosa, no se juzga revocado el legado y el heredero tiene obligacion de redimirla y entregarla al legatario: pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, no es propia y perfecta por no transferirse el dominio sino cierto derecho *in re*: mayormente quando el enagenante tiene facultad de redimirla, lo qual no sucede en otras enagenaciones: infiriéndose de esto que si la cosa se obliga por tanto precio que no hay esperanza de su redencion, se conceptua revocado el legado, aunque vendiéndose la cosa con el pacto *de retrovendendo*, no obstante se entiende revocado el legado por haber verdadera y propia enagenacion. Tampoco se entiende revocado el legado quando se enagenó la cosa y fué ántes legada esta ó su valor, porque entónces se debe el precio. Y últimamente no se conceptua revocado el legado en el caso de

Universidad Rey Juan Carlos

de que el nombre de la cosa enagenada se ponga á otra diferente y el testador se refiera al tiempo de la muerte; v. gr. *lego la esclava Francisca que sea mia al tiempo de mi muerte*; pues si enagena la esclava Francisca que tenia quando hizo testamento, y posteriormente compra alguna á la qual pone el mismo nombre, subsiste en esta el legado: como tambien refiriéndose al tiempo de la muerte, sin embargo de que se enagene la cosa que tenia al tiempo del testamento, nunca se revoca el legado, siempre que despues se recupere (*núm.* 56.).

53 Puede legarse pura y simplemente, *in diem*, baxo condicion, con cierto modo, con demostracion y por cierta causa. Se lega puramente quando se dexa la cosa sin asignacion de dia, tiempo, condicion ó qualidad por la que se suspenda el legado y su peticion, ó quando no aparece ni consta que se haya puesto, de modo que el que esto alegue debe probarlo: y en este caso compete la accion personal *ex testamento* y la hipotecaria de que se ha hablado, y asimismo la reivindicacion si el legado consiste en especie, por transferirse el dominio (*núm.* 57.).

54 Se lega *in diem* quando se dexa alguna cosa ó cantidad para cierto dia, en cuyo caso no pasa *ipso jure* el dominio en el legatario hasta que llegue el dia, y nace accion y obligacion inmediatamente que se verifique la adicion, porque por esta interviene un quasi contrato entre los herederos y acreedores ó legatarios, aunque á estos les obstará la excepcion ántes de llegar el dia; bien que el heredero puede satisfacer ántes del dia por haberse puesto en favor suyo, y asimismo muerto el legatario ántes del dia se transfiere el legado á su

Universidad Rey Juan Carlos

su heredero, como si fuese puro (*dic. núm. vers. Aliquando & secundò*).

55 Si se dexa á un menor algun legado ó fideicomiso, ó se le promete algo para quando sea de edad legítima ó puede administrar sus bienes, no puede pedirlo hasta que tenga 25 años, en atencion á que ántes no puede administrar ni obligarse eficazmente, y en duda se presume que el testador ó contrayente se refiere á la perfecta edad de los 25 años: entendiéndose lo dicho, aun quando el menor impetrase la venia de la edad (*núm.* 58. *y núm.* 12. *al fin cap.* 14. *tom.* 2.).

56 La condicion con que tambien se puede dexar el legado, *es cierto acto ó futuro acontecimiento en el qual se confiere la disposicion para que sea válida ó se infirme* (*núm.* 59. *al fin*). Se divide en potestativa, en casual y mixta, en contingente y necesaria, en condicion de presente, de preterito y futuro, en expresa y tácita ó fingida por derecho, en condicion que consiste en dar y condicion que consiste en hacer, y finalmente en posible é imposible. La potestativa es *aquella cuyo cumplimiento está en la facultad del que debe cumplirla.* La casual es *la que depende de las fuerzas y accidentes de la fortuna.* Y la mixta es *la que pende del hecho del que debe cumplirla, y de las fuerzas de la fortuna*, como contraher matrimonio con cierta persona ó hacer un largo viage (*núm.* 60.).

57 Las condiciones casual y mixta pueden cumplirse así en vida del testador como despues de su muerte (*núm.* 61.): y si al tiempo del testamento se habia ya cumplido qualquiera de estas, es suficiente y purifica la disposicion, si no es que el testador supiese su cumplimiento, pues entónces se debe cumplir de nuevo despues de su muerte

 (*núm.*

Universidad Rey Juan Carlos

(*núm.* 68.) ; pero la potestativa dede cumplirse despues y no ántes (*nn.* 61. *y* 68.) ; bien que esto se entiende en la condicion reiterable, porque si no lo es, basta que se halle cumplida en vida del testador, mediante á que despues se juzga imposible, y como tal se tiene por no puesta y queda pura la disposicion (*dic. núm.* 68.). La razon de diferencia en quanto al tiempo del cumplimiento estriba en que las primeras no dependen de la voluntad del favorecido, y por tanto el testador consideró únicamente el cumplimiento : y la segunda por depender de aquella debe cumplirse segun la voluntad del difunto que se dirige regularmente al tiempo que se haya verificado su muerte (*núm.* 61. *y* 68.). Y si la condicion es de hecho, no basta que se cumpla ignorándolo aquel á quien fué puesta; pero si es de derecho, basta que se cumpla aunque lo ignore (*núm.* 62.).

58 La condicion contingente es *la que puede ó no cumplirse de qualquiera naturaleza y qualidad que sea*, como las antecedentes. La necesaria es *aquella que segun el curso de la naturaleza ha de cumplirse forzosamente* : y esta no constituye el acto condicional, ni suspende su virtud y efecto, y se tiene por pura (*núm.* 63.).

59 Tambien dixe que la condicion es de presente, de pretérito y de futuro: de presente como, *si esto es así* : de pretérito como, *si esto se hizo*; y de futuro como, *si acontecerá esto*. La primera y segunda si son verdaderas, al punto obligan y no suspenden la disposicion, y si no se han verificado la anulan inmediatamente. La tercera es *la que puede ó no verificarse, y no induce ningun efecto en acto de presente si no es tan solo en esperanza* (*núm.* 64.).

60 La condicion expresa es *la que el testador con*

Universidad Rey Juan Carlos

con sus palabras puso en la disposicion. La tácita es *aquella que se entiende ó finge por el derecho en algun acto*; como quando se dexa algun legado annuo, el qual en el primer año es puro y en los siguientes condicional, por entenderse la condicion, *si viva*, y así muerto el legatario no pasa el legado á los herederos (*núm.* 65.). La condicion posible es *la que de hecho, naturalmente y de derecho puede hacerse.* La imposible por el contrario es *aquella que de hecho, naturalmente y de derecho no se puede hacer*: de hecho, *si tocases con el dedo al cielo*: naturalmente, *si el fuego enfrie*: de derecho, *si el hijo no alimenta á su padre.* Esta condicion imposible, aunque vicia absolutamente todos los contratos, se tiene por no puesta en las últimas voluntades, así por favor suyo, como porque no puede imputarse al testador turbado con la muerte ó enfermedad que no declarase perfectamente su ánimo, segun se puede imputar á los contrayentes (*núm.* 67. *ley* 3. *tít.* 4. *part.* 6. *Véase al Gom. n.* 37. *al fin cap.* 11. *tom.* 2. *y el n. sig. del lugar citado en este comp.*).

61 Si el legado que se dexa á cierta persona con alguna condicion, se dexa segunda vez á la misma, no se juzga repetida la condicion ó gravámen, porque de otra suerte la reiteracion del legado seria superflua; pero si se transfiere simplemente á otra, se entiende transferido con la misma condicion ó gravámen (si no se refiere á la primera persona), siempre que se haga en el mismo testamento ó en los codicilos, no si se hace en otro diverso por el qual se revoque el primero (*núm.* 69.).

62 El legado con cierto modo se hace quando el testador dexa v. gr. á Pedro alguna cosa ó canti-

Universidad Rey Juan Carlos

tidad para que dé ó haga algo. Su virtud y efecto es que el legatario no pueda pedirlo hasta prestar caucion de cumplir el modo; bien que si el difunto quiso expresa ó tácitamente que se cumpliese el modo ántes de pedir el legado, ha de guardarse su voluntad. El modo puede definirse: *cierta moderacion añadida á la disposicion que agrava al favorecido en el tiempo de la disposicion perfecta.* Lo dicho tiene lugar aunque el testador ponga la condicion en el modo diciendo: *lego á Juan ciento baxo la condicion de que haga ó dé tal cosa*; pues será modo y no condicion, por atenderse la voluntad del disponente mas que sus palabras (*núm.* 70.).

63 Este legado aun ántes de prestar caucion de cumplir el modo se transmite á los herederos, que deberán cumplirlo, sin embargo de que el modo contiene ó se resuelve en la condicion *si satis dederit*: porque es una condicion tácita é intrínseca que no impide la trasmision: no siendo de omitir que al segundo legatario respecto de quien debe cumplirse el modo, compete accion contra el primero gravado (*núm.* 71.).

64 Dudándose si las palabras importan condicion ó modo, mas bien se ha de juzgar lo primero que lo segundo (*núm.* 72.): y en caso de duda el modo se ha de conceptuar impulsivo y no final, quando mira al provecho del legatario ó de aquel en cuyo beneficio se confiere la disposicion, como si se lega á alguno cierta cantidad para que compre un fundo para sí; pues aunque no lo compre, consigue el legado (*núm.* 73.).

65 El legado segun queda dicho, se dexa asimismo con demostracion. Esta es *aquello que mira á la persona del disponente, á la de aquel en cuyo fa-*

Universidad Rey Juan Carlos

favor se confiere la disposicion, ó á la misma cosa sobre que se dispone. Si la demostracion es verdadera vale el legado, y si es falsa sucede regularmente lo mismo. En esta atencion si dixo el difunto: *lego á Pedro tal caballo que compré*; aunque nunca se hubiese comprado será válida la manda, porque como la demostracion y extrínseca solemnidad no sea necesaria, no debe viciar el acto (*núm.* 74.). Y esta doctrina no solamente tiene lugar en el legado consistente en especie sino tambien en el que consista en dinero ó cantidad, como quando el testador lega á Francisco diez que le debe; pues sin embargo de que no se los deba, subsiste el legado, bien supiese el testador que no los debia, bien lo ignorase. Lo propio sucede, si se lega la cantidad como cuerpo ó especie y consta de ella, anulándose el legado si de ella no consta ni se halla; v. gr. si dixo el difunto: *lego á Pedro el dinero que tengo en tal arca*, y despues este no se encuentra; si bien es cierto que legándose algun edificio que se ha de hacer á semejanza de otro que se menciona y no se halla, debe hacerse de oficio del Juez á arbitrio de un buen varon, para que se observe la voluntad del difunto (*núm.* 75.).

66 Ultimamente segun dixe, el legado se dexa tambien por alguna causa, como quando dice el testador: *lego á Juan tal cosa, porque aconteció esto.* La causa es *algo pretérito ó presente que nos estimula á disponer de esta ó la otra suerte.* En este caso vale el legado aunque la causa no sea verdadera, bien lo sepa, bien lo ignore el testador, á no ser que prueben los herederos que si hubiera sabido el difunto que era falsa la causa, no hubiera legado. Esta prueba puede ser verdadera ó presuntiva: verdadera, si lo expresó el testador delante de testigos:

Universidad Rey Juan Carlos

gos: presuntiva v. gr. si la causa miraba la consanguinidad, como si se dixese: *lego ciento á Pedro, porque es mi pariente* (*núm.* 76.).

67 La condicion puesta en el legado ó disposicion debe cumplirse en los términos que quiso el difunto, no de otro modo aunque sea equivalente, porque la condicion y su cumplimiento consisten en hecho, y las cosas consistentes en él de tal suerte se hallan adheridas á la persona, que no pasan á otras. Por este fundamento si el testador lega á alguno cierta cosa baxo la condicion, *si diese veinte al siervo de otro*, no es suficiente darlos al dueño y han de entregarse precisamente al siervo; bien es verdad que la condicion que ha de cumplirse en la persona del pupilo ó adulto, se puede obtemperar en la de su tutor ó curador que los representan mediante la administracion, sino es que el adulto no tiene curador (*núm.* 77.).

68 Si baxo la condicion absoluta de no casarse se dexa un legado á persona soltera de qualquiera sexô que sea, aunque esté corrompida, ó á persona que haya contrahido matrimonio y no lo ha consumado, se puede percibir la manda, sin embargo de que no se cumpla la condicion, por ser torpe y contra buenas costumbres: debiendo advertirse que en estos casos en que se desprecia la dicha condicion, se desprecia igualmente el tiempo de la muerte (no otro menor) para el qual se dexa el legado, y este se puede obtener inmediatamente, como si dixese el testador: *lego á Manuel ciento en el tiempo ó despues de su muerte, si no se casare.* Pero si la condicion de no casar no es absoluta sino respectiva á determinados sugetos, á las personas de cierta familia, á tal tiempo ó lugar, ó aunque lo sea, si se impone á viudo ó viu-

Universidad Rey Juan Carlos

viuda, es subsistente, y contraviniendo á ella no se debe el legado (*núm.* 78.); segun tambien se verifica en la condicion de casarse con alguna persona (*núm.* 79.): y en el caso de que se dexe el legado con la condicion de casarse con persona determinada, se debe distinguir; pues siendo indigna es lo mismo que si se pusiera la condicion absoluta de no casar, y si con ella se puede contraher honestamente, no se deberá la manda hasta que se haya cumplido la condicion: del mismo modo que si se dexase el legado con la condicion de entrar en religion, por ser mas perfecta la vida contemplativa que la matrimonial (*núm* 78.).

69 La confesion de la deuda hecha en el testamento interrumpe la prescripcion en el caso que el acreedor pruebe el débito, induce semiplena prueba para que con un testigo se haga plena ó se defiera el juramento en defecto de ella, y se resuelve en legado ó fideicomiso por la tácita voluntad del difunto, y como tal se puede pedir. Asimismo si el testador confiesa que alguno le debe cierta cantidad ó cosa y es hombre de buena fama, induce semiplena prueba por sí para que el heredero pueda solicitar que se le defiera el juramento en defecto de prueba: siendo digno de advertirse que quando el marido lega á su muger la dote, que consta por verdadera prueba haber recibido, es válido el legado en atencion á la utilidad que aquella consigue; pues inmediatamente puede pedir la dote sin ningun privilegio de esta y sin aguardar dilacion alguna: y si el marido ninguna dote recibió, es válido el legado como donacion ó liberacion gratuita (*núm.* 81.) (*a*).

70 Va-

(*a*) Acerca de las confesiones que se hacen en los testa-

70 Vale regularmente el legado de liberacion ó remision que haga el testador para siempre ó por el tiempo limitado de qualquiera clase de deuda, la qual puede remitir de quatro modos, es á saber, quando lega expresamente la liberacion, quando dice: *lego á mi deudor lo que me debe*, quando grava á su heredero á que no exîja la deuda, y quando lega al deudor la escritura en que se contiene y prueba la deuda: y si la tal escritura se lega á un tercero, se entiende que se le lega la deuda contenida en ella para que pueda reconvenir al deudor, cediéndole las acciones el heredero á que está obligado, así como en los contratos enagenada alguna escritura se discurre enagenada la cosa ó accion que contiene (*ley penúlt. tít.* 9. *part.* 6.). El efecto de la liberacion es que el deudor legatario tenga excepcion contra el heredero, y pueda compelerlo á que lo libre mediante pacto ó aceptilacion. Tambien es efecto de ella que no solo aproveche al reo principal y su heredero, sino asimismo al fiador y no por el contrario; pues el legado de liberacion en beneficio del fiador no aprovecha al deudor principal: advirtiéndose que hecha la remision de la deuda en última voluntad ó en contrato, se conceptua remitida únicamente la deuda pura ó purificada, no la condicional ó *in diem* si no es que se exprime (*núm.* 82.).

71 La liberacion puede ser con respecto á una deu-

tamentos tenemos la decision notable de la *ley fin. tít.* 18. *part.* 3. *vers. Otrosi decimos*, en donde se dispone que si alguno declara en su testamento que Pedro v. gr. le debe diez debiéndole veinte, no daña esta confesion á los herederos que quieran probar consiste en veinte la deuda, si no es que conste que quiso donar el exceso, ó jurare que no se le debian mas que los diez (*núm.* 78. *vers. Et circa*).

Universidad Rey Juan Carlos

deuda, y general ó respectiva á muchos deudores, en la qual se comprehenden solamente las deudas personales, no las cosas por las que compete accion real, que siempre podrá intentar el heredero: y si teniendo el testador dos ó mas deudores *in solidum* de una misma cantidad, manda á su heredero que ceda la accion á uno contra los otros, se entiende que le remite la deuda por su parte, y además que le lega la deuda con respecto á las partes de los compañeros : no siendo de omitir que quando el heredero es gravado por el testador, ó quando alguno es obligado por contrato, pacto ó ley á entregar al deudor el instrumento original de la deuda, si este se pierde, se satisface con hacer y entregar otro de pago y liberacion (*dic. núm.* 82.).

72 Si habiendo alguno administrado los negocios de otro, este le hizo liberacion general y prohibió que se le pidiesen cuentas, se halla obligado solamente por las cosas que tiene; y por las deudas causadas y adquiridas con el motivo de la administracion, que así de él como de los deudores podrán exîgirse; pero no se halla obligado por los bienes perdidos á causa de su negligencia, culpa leve ó levísima, aunque si por los que se hubiesen perdido mediante su dolo ó malicia, porque en la remision general siempre se considera excluido el dolo (*núm.* 83. *ley* 30. *tít.* 11. *part.* 5.).

73 Consistiendo el legado en cosa en género, en cantidad ó cosa que consta de peso ó número, se ha de reconvenir al heredero en el lugar de su domicilio, ó donde se halla la herencia ó la mayor parte de ella; mas si consiste en cosa en especie, no tan solo en los referidos lugares sino tambien en aquel donde exîste la cosa, bien se intente

te la accion real, bien la personal: perteneciendo la eleccion al mismo legatario, y debiendo siempre hacerse la paga en el lugar en que la cosa se halla, mediante á que el heredero no puede ser precisado á conducirla á sus expensas al lugar donde fué reconvenido para entregarla en él (*núm.* 84.).

PAR-

Universidad Rey Juan Carlos

PARTE SEGUNDA
DE LOS CONTRATOS.

CAPITULO PRIMERO.

De las personas que pueden ó no contraer.

1 Despues de haber tratado de las últimas voluntades exîge la razon de método que se trate de los contratos, cuya materia divide nuestro Autor en quatro partes. En la primera habla de las personas que pueden ó no contraer, en la segunda de los géneros de contratos, en la tercera de sus qualidades, y en la quarta de qué modos se acaben los contratos, sus virtudes y efectos. En quanto á la primera debe decirse, que toda persona puede contraer si no se halla prohibida por ley. De aquí es que el Duque, Conde, ú otro Señor temporal, y aun el Príncipe puede contraer con sus súbditos, naciendo de todo contrato habido entre ellos accion y obligacion eficaz, natural y civil, sin embargo de provenir las acciones civiles inmediatamente del derecho civíl, al qual no se halla sujeto el Príncipe: porque en duda contrayendo éste con sus súbditos parece sujetarse á la disposicion de las leyes, segun se verifica quando ade alguna herencia. Y en tanto es verdadera esta doctrina, que con el Príncipe son válidos los actos y contratos que con otra persona serian de ningun momento, por juzgarse que dispensa sobre la nulidad de ellos: en cuyo supuesto nó es de omitir, que si el Príncipe vende alguna cosa agena, de tal suerte perjudica al dueño, que no tiene accion contra el

Universidad Rey Juan Carlos

que la posee, sino solamente contra el mismo Príncipe ó su fisco dentro de quatro años (*núm.* 1.) (*a*).

2 Tambien el hijo de familias así como puede hoy testar por la *ley* 5. *de Toro*, (*la* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*) puede contraer, porque aunque le falten bienes, tiene capacidad para adquirirlos, la qual basta en otro qualquiera así con respecto á los contratos, como con respecto á las últimas voluntades (*núm.* 2.). Finalmente el siervo es capaz para contraer, y aunque puede obligar civilmente, solo naturalmente puede obligarse, produciendo esta natural obligacion todos los efectos correspondientes (*núm.* 3.).

CAPITULO II.

De la compra y venta.

1 El contrato perfecto y consumado se hace y celebra ó con solo el consentimiento, ó con la cosa, ó con la intervencion de la cosa, ó con las palabras. (*al fin del cap. antec.*) El que se perfecciona y celebra con solo el consentimiento es *aquel para cuya validacion no se requiere otra solemnidad que el mismo consentimiento de las partes.* Son de este número además de otros semejantes el de locacion, el de sociedad, el de donacion, y el de compra y venta, del qual se trata en primer lugar, y es freqüente y quotidiano. Todos pueden regularmente intervenir en él, necesitándose para su forma la cosa de parte del vendedor, y el precio de parte del comprador (*núm.* 1.).

2 Tiene lugar este contrato entre el padre y el hijo, con respecto á los bienes castrenses, quasicastrenses

(*a*) Si el Príncipe contrae con el motivo de su dignidad en beneficio de toda la República, quedan obligados precisamente los sucesores, mas no si contrae en su propio nombre (*num.* 2.).

Universidad Rey Juan Carlos

ses y adventicios, en los quales tiene éste el usufructo, porque en todos ellos se conceptua padre de familias; mas no con respecto á los adventicios, cuyo usufructo pertenece al padre, por ser legítimo administrador de ellos, y así no poder intervenir entre padre é hijo contrato alguno en que aquel sea autor, bien se haga ocultamente, bien á las claras y con buena fe (*n. 2. ley 5. tit. 5. part. 5. y ley 23. tit. 11. lib. 5. de la Recop.*).

3 Igualmente tiene lugar este contrato entre marido y muger así como otro qualquiera oneroso, siempre que no se haga en fraude de la donacion, la qual impide el mutuo é intenso amor que media entre los cónyuges; sin que dexe de valer el contrato por ser indispensable requisito para la validacion del que hace la muger la licencia del marido, pues es visto prestársela por el mismo hecho de contraer con ella (*núm.* 3.).

4 Aunque ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes presentes y futuros, porque se quita la libertad de testar, muy bien puede venderlos, por suceder en su lugar el precio del que puede disponer en su última voluntad: debiendo entenderse solamente vendidos los presentes, quando solo se dixo que se vendian todos los bienes sin expresarse los futuros; bien que en la hipoteca general de los bienes, se comprehenden tanto los futuros como los presentes, por el poco ó ningun perjuicio que se sigue, mediante á que pagándose la deuda quedan libres todos los bienes (*núm.* 4.) (*a*).

5 Puede tambien venderse la herencia universal de-

A 2

(*a*) En la venta general de los bienes no se comprehenden los prohibidos de enagenarse, ó que requieren para su enagenamiento una concesion particular, ni los que verosímilmente no se hubieran vendido en especie (*núm.* 5.).

Universidad Rey Juan Carlos

deferida por testamento ó abintestato, traspasándose en el comprador todas las acciones activas útiles, derechos y comodidades que pertenecian al heredero sin cesion alguna, y con ella las activas directas; mas no las pasivas que competian contra el difunto y de consiguiente contra su heredero, pues aunque puede éste y otro qualquier acreedor transferir en otro las acciones activas, no puede separar de sí las pasivas con que se halla obligado contra la voluntad de los acreedores: en cuya atencion pueden y deben éstos reconvenir al heredero vendedor, el qual podrá con la accion *negotiorum gestorum* recuperar del comprador lo que pagase (*núm.* 5.).

6 Para que se tenga por válida la venta de la herencia es necesario que sea de algun difunto, porque si fuese de persona que aun vive, como hecha contra buenas costumbres es nula, de tal suerte que el substituto pupilar tampoco puede vender el derecho ó esperanza de la herencia del pupilo que todavía no se le ha deferido, y se priva despues de la herencia del que vive al que vendiere su herencia; aunque los socios pueden muy bien convenirse en dividir las herencias que les pertenezcan posteriormente, segun los pactos lícitos que intervengan entre ellos, por entenderse esto en herencias inciertas, y no de personas determinadas que aun viven (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*).

7 Así como puede donarse, legarse, darse en dote, en paga y en prenda la accion que se tenga contra otro, así tambien puede venderse, pasando al comprador *ipso jure* la accion directa en nombre del que cede, y la accion útil por el mismo contrato, mediante la qual puede cobrar la deuda, bien sea pura, condicional ó *in diem*, bien lo sepa ó ignore el deudor contra quien se cede. Del mismo modo puede venderse la accion real que alguno tiene contra el poseedor de su cosa, traspasándola *ipso jure* sin cesion, porque se

se causa por el dominio del vendedor, aunque el dominio no pasa al comprador sin tradicion verdadera ó ficta. Lo propio acontece quando el reconvenido con la accion reivindicatoria paga la estimacion del pleyto, pues igualmente se transfiere dicha accion, por juzgarse hecha la venta y cesion de ella: de cuya doctrina se infiere, que aunque en los derechos incorporales por solo el título no pasa el dominio, ni otro derecho real sin tradicion ó quasi tradicion; con todo, muy bien se transfiere sin cesion la accion útil, limitándose esto en el caso de que la venta y donacion de la accion se haga á favor del mas poderoso por razon del oficio, atento á ser nula, perdiéndose la deuda si intervino dolo (*núm.* 6.) (*a*) (*1*).

8 Tambien puede venderse lo que aun no exîste, como haya esperanza de que exîsta ó nazca, por lo qual es válida la venta de los frutos que han de nacer de algun fundo ó cosa, del parto de la esclava, del feto de los ganados y otras cosas semejantes: entendiéndose en este contrato la condicion tácita, *si nazcan los frutos*; y así no naciendo, es de ningun momento la venta. Pero aunque es igualmente válida la venta que se hace de la pesca de las aves ó de los peces que están por coger, no se entiende en aquella la expresada condi-

(*a*) El vendedor de la accion debe prestar por su parte que el deudor es cierto, y que carece de excepcion para defenderse, no que es abonado, sino es que lo prometa especialmente: compitiendo accion al comprador contra el vendedor, quando el deudor al tiempo de la venta no tenia para pagar, y quando el vendedor contraxo sabiendo la pobreza del deudor, y no perjudicándose el que compra ignorante de que la deuda no es abonada (*núm.* 7.).

(*1*) Lo mismo debemos decir de la cesion ó traspaso de la deuda á favor de la persona mas reboltosa que la que la hace, (*leyes* 15 *y* 16. *tit.* 2. *Part.* 3.) salvo haciéndose por última voluntad. (*ley* 17. *tit.* 7. *Part.* 3. *Curia Philip. part.* 2. §. 9. *núm.* 8.)

Universidad Rey Juan Carlos

dicion, y se debe el precio, sin embargo de que nada se pesque. La razon de diferencia consiste, en que los contrayentes juzgan verosímilmente que han de nacer los frutos con respecto á lo que sucede por lo regular, en cuyo supuesto parece que contraxéron baxo la condicion referida: y en la pesca no se halla la misma verosimilitud á causa de la mucha incertidumbre, y por tanto se discurre que solo se compró la esperanza (*núm.* 7. *ley* 11. *tít.* 5. *part.* 5.).

9 Si la cosa agena vendida era mueble, y el vendedor la entregó sabiéndolo, no tanto se halla obligado por la eviccion quanto por causa del hurto, porque lo cometió verdaderamente con mudar la cosa de un lugar á otro: bastando para la comision de aquel crímen la tradicion ficta, y no teniendo éste lugar en las cosas inmuebles (*núm.* 8.).

10 No es indispensable que el precio de la cosa haya de ser cierto y determinado, pues es suficiente que se refiera á cosa, por la que pueda certificarse, como si alguno dixese: *vendo la cosa por quanto la compré, ó exîste en tal arca.* De esto se infiere ser válida la venta del trigo, vino, aceyte ú otra cosa semejante por el precio que se venda comunmente en la plaza pública en tal dia ó tiempo. Asimismo se deduce, que es de ningun momento la venta hecha generalmente por el justo precio, como se comprueba de ser especial en la prenda que valga la convencion, de que no pagándose la deuda dentro del término asignado, se tenga por vendida á favor del acreedor por el justo precio, para que mas fácilmente encuentren los hombres quien les dé dinero prestado. Tambien se comprueba, de que únicamente puede conferirse el precio al arbitrio de cierta persona, y por tanto si de hecho interviniese venta en la forma dicha, siguiéndose la tradicion y percibiendo el comprador los frutos, podrá el vendedor pedir estos y la cosa con la accion, *prescrip-*

tis

Universidad Rey Juan Carlos

tis verbis ó *in factum ex æquitate*, sin que pueda sostenerse como contrato innominado: *te doy*, *ó te entrego la cosa para que me restituyas el precio justo.* Y con arreglo á la doctrina dada es válido el contrato de arrendamiento sin determinarse el precio, quando la cosa se acostumbra arrendar por cierta pension, mediante á que entónces arrendándola simplemente, se entiende arrendarla por el precio acostumbrado (*n.* 9.).

11 Interviniendo precio y alguna cosa de parte del comprador, se juzgará ó venta ó permutacion, si las partes expresan que sea uno ú otro; mas si éstas nada dicen, debe atenderse lo que mas vale, conceptuándose desde luego venta, si el precio excede el valor de la cosa, y permutacion si por el contrario; bien es verdad, que si la cosa que se dá juntamente con el precio, fuere de mucho mas valor que éste, será permutacion, y si el precio excediere considerablemente la estimacion de la cosa, será compra, porque quando resulta duda de las palabras puestas en el contrato ó disposicion, mas bien debe juzgarse y declararse segun su propia forma y naturaleza, que segun las palabras proferidas por los contrayentes: debiendo notarse, que si fuesen de un mismo valor el precio y la cosa, y nada expresasen las partes, será permutacion (*núm.* 10.).

12 En órden á la pertenencia de los frutos de la cosa vendida debemos seguir lo que pactasen las partes; y si con respecto á ellos no intervino ninguna convencion, pertenecerán al vendedor los percibidos al tiempo del contrato, y al comprador los que estuviesen pendientes como partes de la cosa: siendo tambien del primero los que naciesen y se percibiesen por él despues de la venta, si no precede mora de su parte, porque si fuesen nacidos verificada la mora, serán del segundo; todo lo qual se entiende quando los frutos son naturales ó industriales, pues si estos con-

Universidad Rey Juan Carlos

consisten en las pensiones de la cosa arrendada, pertenecen al vendedor y no al comprador, si se debian al tiempo del contrato, y de lo contrario pertenecen á uno y otro con respecto á la parte del tiempo corrido (*núm.* 11.) (*a*).

13 Vendiendo alguno la cosa en que solo tiene parte, se entiende vender únicamente ésta, si el comprador sabe que toda no era del vendedor; pero si aquel lo ignorase, como siempre se presume, se juzga venderla éste toda libremente, y evinciéndose alguna parte queda obligado de eviccion: y es digno de advertirse, que por la quantidad del precio ú otras circunstancias puede congeturarse, si se vendió toda ó parte de la cosa (*núm.* 12.).

14. Esta doctrina debe extenderse á la permutacion, dote ú otro qualquiera contrato oneroso, mas no tiene lugar en el contrato ó título lucrativo: y así donando ó legando alguna persona cierta cosa, se presume donar ó legar tan solo la parte ó derecho que en ella tiene, aunque haya de extinguirse con la muerte ó el tiempo, y el donatario ó legatario lo ignore (*n. dic. vers. Quod extende.*).

15 Si alguno vende la casa que tiene otra agregada, se conceptua venderse ésta con la principal, quando el dueño vendedor comprehende ambas baxo un mismo nombre, y en la habitacion, alquiler ú otros actos semejantes usaba siempre de la agregada; pero no verificándose estas circunstancias, lo contrario se ha de seguir (*núm.* 13.).

16. Vendiéndose simplemente la esclava, yegua, ove-

(*a*) Quando la venta se hizo con pacto de que el Juez ú otro tercero habia de determinar el precio, ántes de esto es la venta condicional, por lo que verificada despues la condicion se retrotrae, y los frutos percibidos ántes de la declaracion pertenecen al comprador satisfaciendo el precio (*núm.* 12.).

Universidad Rey Juan Carlos

oveja ú otro animal hembra, se juzga venderse al mismo tiempo el parto de ellas, si exîste en el vientre, ó aunque se halle nacido, si necesita de la leche ó alimento de la madre; por contemplarse una misma cosa; mas si paciere yerba, y se alimentare de por sí, sucede lo contrario, porque se considera cosa distinta (*núm.* 14.).

17 Asimismo vendiéndose el caballo ó mula se contemplan vendidos el freno, silla y demas ornamentos con que se manifieste al tiempo del contrato, así por el tácito consentimiento como por ser acesorios de la cosa vendida; pero si se presenta sin ornamento alguno, solo se debe la mula ó caballo: sucediendo lo mismo quando se celebra la venta ausentes estos, y prefiriendo la costumbre que haya en el pueblo del contrato (*núm.* 15.).

18 Si vendiese alguno cierto predio por sola una cantidad, diciendo que tenia v. gr. veinte obradas ó fanegas de tierra, aunque despues no se hallen tantas, no está obligado á suplirlas ó disminuir el precio, porque la intencion de las partes no se refirió á la mensura, sino á la misma especie ó cuerpo. En cuya atencion, si el predio se vendiese no simplemente, y sí con respecto á las obradas ó fanegas, diciendo el vendedor su número, y señalándose por cada una de ellas cierto precio, no hallándose las que dixo el vendedor, tiene obligacion de suplirlas ó disminuir el precio, por referirse la intencion de las partes no á la misma especie ó cuerpo, sino al número, y así conforme á éste se ha de hacer la paga (*núm.* 16.).

19 En este contrato de venta no se requiere escritura para su validacion, exceptuándose los casos establecidos por derecho, como quando las partes en el mismo contrato ó ántes de él expresan que se haga escritura, porque entónces no será válido ántes de su perfeccion y conclusion, segun se verifica en otro

Universidad Rey Juan Carlos

qualquiera: baxo cuyo supuesto podrán las partes arrepentirse lícitamente ántes de hacerse la escritura, y despues de hecha deberán intentar las acciones provenientes de la compra desde el tiempo de la escritura perfecta, y no desde el de la convencion: pertenecerá la alcabala al arrendador de ella que hubo al tiempo de la escritura; y si la cosa vendida fuere de patrimonio, los nueve dias que se conceden para retraer, principiarán á numerarse desde aquel en que se haga la escritura. Pero si perfecto el contrato dicen las partes que se haga escritura, solamente puede servir para prueba; y con este fin aunque los contrayentes nada expresasen, puede el uno compeler al otro á que se haga la escritura (bien que sin la cláusula guarentigia) porque qualquiera está obligado á hacer lo que no le perjudica, y á otro aprovecha (*núm.* 17. *ley* 6. *tít.* 5. *part.* 5.).

20 Tampoco se requiere para la forma y substancia de este contrato la intervencion de arras, aunque inducirán la presuncion de haberse celebrado, si hubiesen intervenido, y las perderá el dante, y restituirá duplicadas el que recibe, siempre que se arrepientan aun ántes de perfeccionarse la venta, ó por haber mediado solo palabras preparativas, ó por haberse expresado que se hiciese escritura. Y lo mismo sucede arrepintiéndose perfecta la venta, á no ser que las arras se diesen en lugar de precio, porque entónces de ningun modo pueden las partes arrepentirse (*núm.* 18. *ley* 7. *tít.* 5. *Part.* 5.) (*a*). En

(*a*) Otros dos casos hay en los quales ni aun con pérdida de las arras es lícito apartarse del contrato, es á saber, quando aquellas se entregáron en señal de haberse perfeccionado éste, y quando ya se habia hecho la tradicion de la cosa; pero si en las partes no consiste que la venta dexe de tener efecto, no se pierden las arras, como ni tampoco se pierden, pereciendo la cosa vendida ántes que el comprador dixese que con pérdida de ellas queria separarse del contrato (*núm.* 19.).

Universidad Rey Juan Carlos

21 En los contratos onerosos y obligatorios *ex utroque látere* como la venta, locacion, y otros semejantes, no puede conferirse al arbitrio de uno de los contrayentes el mismo contrato ó alguna de sus partes substanciales, porque la obligacion del uno no ha de estar pendiente de la voluntad del otro; mas en los lucrativos muy bien puede conferirse al arbitrio del que trata de adquirir y no al del obligante, por presumir la ley que no quiso obligarse. Dixe, *al arbitrio de uno de los contrayentes*, porque si se confiere al de ambos, como si uno dice: *te vendo tal cosa por diez, si quieres*; y el otro responde: *te la compro por los diez, si quieres*; es válida la venta mediante á que la palabra *quiero*, proferida recíprocamente en las cosas dependientes de la mera voluntad significa la cosa presente y perfecta en aquel instante (*núm.* 19.).

22 La resolucion del contrato puede conferirse al arbitrio de uno de los contrayentes, como asimismo la qualidad de la cosa, v. gr. su bondad, color ó sabor, y de consiguiente la complacencia ó desagrado de ella, segun se verifica en este exemplo: *te vendo la heredad por cien pesos, si dentro de tres meses te agradare*: siendo digno de advertir, que si no se asigna término por las partes, deberá el comprador restituir la cosa vendida dentro de sesenta dias, sino es que se dixo que perpetuamente tuviese facultad para devolverla (*dic. n. vers. Item etiam.*).

23 Si vendiese alguno cierta cosa á dos en diversos tiempos, no habiéndose entregado á ninguno, ó no constando de la entrega, será preferido el primer comprador; mas habiéndose hecho la tradicion de ella, el primero á quien se hizo ha de ser preferido. Fúndase esta sentencia, en que la accion ú obligacion personal, aunque contraida y nacida por razon de la cosa, no sigue á su poseedor, y de consiguiente el pri-

 mer

mer comprador á quien no fué entregada, no podrá dirigir su accion contra el segundo á quien se hizo la entrega. Tambien se funda en que al comprador que toma la posesion de la cosa, se le transfiere el dominio y pleno derecho de ella mediante el título y la tradicion, y así justamente se prefiere al otro, que solo tiene título y accion personal contra el dueño vendedor (*n.* 20. *ley* 50. *tít.* 5. *Part.* 5.).

24 La expuesta doctrina se extiende en primer lugar á qualquiera enagenacion, ya por título oneroso como el de locacion, ya lucrativo como el de donacion (*dic. n. vers. Quam sententiam y vers. Secundò.*). En segundo lugar se extiende al poseedor de buena fe que vende ó dona la cosa agena, transfiriendo en el primero que se entregó en ella un quasi dominio, y de consiguiente la accion publiciana. (*vers. Tertiò.*) En tercer lugar al caso en que se haga la tradicion por acto ficto al primero, y por acto verdadero al segundo: porque el derecho, posesion y demas efectos que resultan de aquella, se dicen tan verdaderos y perfectos como los que dimanan de esta (*vers. Quartò.*). En quarto lugar se extiende al Clérigo ó personas eclesiásticas (*vers. Sextò.*). En quinto y último lugar se extiende al caso de que la primera venta ó donacion se haga con juramento; pues si despues la misma cosa se vende ó dona á otro, y se le entrega, tambien debe ser preferido, sin que en modo alguno obste el juramento, porque aunque este puesto en el contrato obligue al que jura á la prestacion del hecho, debe entenderse quando tiene facultad para ello, lo que no se verifica en el caso de que se trata, mediante á que el vendedor ya no posee la cosa, y no quedó impedido por el juramento para enagenar y transferir su dominio (*vers. Septimò. ley* 51. *tít.* 5. *part.* 5.).

25 Limítase tambien la doctrina expuesta en quatro

Universidad Rey Juan Carlos

tro casos. El primero, quando por solo el título se causa y transfiere el dominio ó derecho real, segun se verifica enagenándose la cosa á la Iglesia, que con solo el título adquiere el dominio (aunque debe probar haber sido dueño aquel de quien tuvo causa) y á otro qualquiera en diversos tiempos, como asimismo hipotecándose á muchos en diversos tiempos, pues aquí del mismo modo por solo el título se consigue el derecho real de hipoteca. (*vers. Nunc verò limita. ley* 13. *tít.* 13. *part.* 5.) El segundo, si la venta segunda se hizo en fraude del primer comprador para que no obtuviesen la cosa, sabiéndolo el segundo; pues aunque éste haya obtenido el dominio de ella por medio de la tradicion, podrá aquel pedir la cosa, y revocar la entrega con la accion *in factum* revocatoria que compete para rescindir las enagenaciones que se hacen en fraude de los acreedores, sin necesitarse de excusion alguna, como quando la cosa debida consiste en dinero, en atencion á que por el contrato de compra queda el vendedor precisado á entregar la cosa, si tiene facultad para ello (*vers. Secundò.*): debiendo advertirse, que para revocar la segunda enagenacion, que se hace por título lucrativo, no es necesario probar fraude en el que recibe, ni tampoco en el vendedor, porque en éste se presume (*vers. Ex quo deducitur. ley* 7. *título fin. part.* 5.). El tercer caso es, quando ambos compradores probasen que se les entregó la cosa, y no consta de la prioridad, en cuyo acontecimiento la presuncion está por el primero, como que tiene mas justo título: del mismo modo que probando dos partes igualmente la posesion, debe obtener en el interdicto *uti possidetis* la que probase título (*vers. Tertiò principaliter limita*). El quarto y último, prometiendo solemnemente el dueño vendedor al primer comprador, no enagenar, ni vender á otro la cosa, é hipotecando para su cumplimiento

to-

Universidad Rey Juan Carlos

todos sus bienes, y especialmente la cosa vendida, por ser nula la enagenacion que despues se haga (*vers. Quartò principaliter.*).

26 Por varias causas puede rescindirse el contrato de compra ya perfecto. La primera es el consentimiento contrario de las partes, ya sea incontinenti, ya despues de algun intervalo, ántes que se verifique la entrega, porque precediendo ésta, es neceraria la restitucion de la cosa entregada, bien que si los contrayentes en este caso se conviniesen en la revocacion, podrán compelerse mutuamente á ella, mediante á que segun nuestro derecho, solo la voluntad de obligarse se requiere para quedar obligados (*núm.* 21.) (*a*).

27 La segunda causa es el dolo, siendo de tal qualidad que pudiera ocultarse aun á los muy sagaces, é incidiendo en el mismo contrato, porque si diese causa á él es de ningun momento; si bien es cierto que deberá observarse el contrato, siempre que la parte, en cuyo favor es nulo, ó se puede rescindir, lo apruebe: infiriéndose de esto, que en los casos que el contrato se rescinde ó declara inválido por favor de alguna persona, con su voluntad puede confirmarse y hacerse válido: por cuyo motivo el que cometió el dolo, podrá obligar al engañado á que declare, si quiere ó no estar por el contrato (*dic. n. vers. Secundus modus.*).

28 La tercera causa es la lesion enorme que consiste en mas de la mitad del justo precio, aunque el exceso sea de sola una moneda, para cuya tasacion se ha de mirar al tiempo del contrato, como si la cosa que vale diez, se venda por quatro ó por diez y seis. (*nú-*

(*a*) Si por una de las partes se cumplió el contrato, haciéndose la restitucion se debe una alcabala del primer convenio, y si por ambas se consumó el contrato se deben dos alcabalas, porque con el contrario consentimiento y mutua restitucion no se disuelve la primera venta, sino se contrae otra nueva (*núm.* 22.).

Universidad Rey Juan Carlos

(*núm.* 22.) En este caso compete al comprador ó vendedor, respectivamente por el término de quatro años el remedio de la *ley* 2. *C. de rescind. vendit.* (*dic. n. vers. Sed hodie.*) en cuya virtud pedirán, ó que se rescinda la venta, ó se supla el justo precio: (*dic. n.* 22. *ley* 56. *tít.* 5. *Part.* 5.) advirtiéndose que si se hace la restitucion de la cosa, no hay obligacion de restituir los frutos, así porque el que la tiene la posee con justo título y buena fe, y no puede constituirse en mora, como porque la otra parte goza al mismo tiempo del precio (*númer.* 24. *ley* 1. *tít.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*).

29 Este remedio se extiende á todos los contratos de buena fe, como la permutacion y arrendamiento; (*dic. núm.* 22. *al fin.*) y se puede intentar aunque el perjudicado renunciase de él, y dixese que donaba lo que mas valia, porque estas palabras se refieren solamente á una corta cantidad, y con la misma facilidad que se inducen á vender los contrayentes, se inducen igualmente á poner esta cláusula y otras semejantes (*núm.* 26.). Y aun tambien tiene lugar haciéndose la venta en pública subasta, si se prueba verdadera, y realmente la lesion, pues en duda no se presume en ella, segun debe decirse del dolo (*núm.* 23.).

30 Enagenada la cosa, el vendedor engañado aunque no puede reconvenir al poseedor de ella, sí al comprador mediante la accion personal que contra él tiene; mas si el perjudicado fué el comprador, ni aun contra el vendedor tiene accion, por quanto por hecho y culpa suya se halla sin facultad para restituir la cosa: y si ésta pereciese fortuitamente, ni uno ni otro puede valerse del dicho remedio: no el vendedor, porque la accion que nace, respecto de la cosa, se extingue en pereciendo: no el comprador, porque no puede restituir la cosa al vendedor (*dic. núm.* 22. *vers. Item adde quod sires.*).

Si

Universidad Rey Juan Carlos

31 Si alguno de los contrayentes jurase no pedir la recision, está privado de pedirla siendo mayor, no siendo menor, pues entónces parece que jura no pedir la recision del contrato solamente por derecho privilegiado, prescindiendo del derecho comun; sino es que jura especial y particularmente no pedirla por ningun capítulo (*núm.* 25.).

32 La quarta causa es el pacto *de retrovendendo*, que se verifica quando la venta se hace con condicion de que haya de restituirse la cosa en devolviéndose el precio, cuyo pacto es lícito tambien por derecho canónico y en el fuero de la conciencia, y el comprador lucra los frutos por razon del justo título hasta que se le dé ú ofrezca el precio, sino es que el contrato se presuma usurario, por acostumbrar el comprador dar á usura, convenirse expresamente en que éste lucre los frutos, ser corta la cantidad dada por la cosa ó por otro motivo semejante (*númer.* 27. *ley* 42. *tít.* 5. *part.* 5.).

33 Para recobrar la cosa el vendedor debe dar ú ofrecer el precio dentro del tiempo estipulado, porque pasado éste ni aun puede su heredero menor, sin que obste que la prescripcion no corre *ipso jure* en perjuicio del menor, mediante á que esto tiene lugar en la prescripcion legal, y no en la convencional, qual es la presente; pues si ésta principia á correr contra el difunto, y nada se ha tratado con el heredero menor, siempre continua sin esperanza de restitucion, á no ser que el heredero ignore la condicion puesta en el contrato del difunto, en cuyo caso, ya sea mayor, ya menor, será restituido por la cláusula general *si qua mihi justa causa* (*dic. n. vers. Quæro tamen.*).

34 Pero si entre las partes no se hubiese señalado término, expresándose que el vendedor pudiese retraer la cosa en qualquiera tiempo que volviese el precio; así él como su heredero pueden recuperarla perpe-

Universidad Rey Juan Carlos

petuamente por virtud del dicho pacto, en atencion á que las acciones y obligaciones se pueden extender *in infinitum* por convenio de las partes, segun acontece quando el comprador pacta con el vendedor restituir la cosa en qualquiera tiempo que le desagrade (*núm.* 28.).

35 Si el comprador con pacto de retrovendendo vendiese á otro la cosa, como que no tiene facultad para entregarla, podrá el vendedor obligarlo á que le satisfaga el interese, y no tendrá accion para recuperarla del tercero poseedor, sino es que le fue cedida, se puso pacto prohibitivo de venta, cláusula resolutiva del contrato, ó cláusula translativa de dominio ó posesion: porque las acciones personales sean activas ó pasivas, no pasan al singular poseedor, y el derecho real que este tiene es mas poderoso ó fuerte que el personal de otro (*núm.* 29.).

36 La quinta causa es el pacto de la ley comisoria, que interviene quando se vende la cosa con condicion de que se tenga por no vendida, si el comprador dentro de cierto tiempo no satisface el precio estipulado; pues si este en el término que se asignó, no hace la paga, se rescinde *ipso jure* la venta, transfiriéndose el dominio en el vendedor como si nunca se hubiese celebrado; y pudiendo este á su conseqüencia recuperar todos los frutos percibidos en el medio tiempo por el comprador, sin embargo de que en los contratos y su resolucion, no se transfiere el dominio sin entrega verdadera ó ficta, porque esta regla no tiene lugar en el pacto de la ley comisoria, por evitar el perjuicio que de otra suerte podria seguirse al vendedor (*núm.* 30. *al princip. y vers. Item etiam. Ley* 38. *tit.* 5. *part.* 5.).

37 Y no tan solo puede ponerse pacto por el que se extinga el dominio una vez adquirido, sino tambien por el que se impida, mediante á que el domi-

Universidad Rey Juan Carlos

nio (del mismo modo que la posesion) puede transferirse condicionalmente, como si se expresase que no habia de pasar el dominio al comprador hasta que satisfaciese el precio: no siendo de omitir, que si al principio se entrega el precio dándose la cosa, no se puede con pacto alguno estorbar la translacion de su dominio (*dic. n. vers. Ex quo singulariter.*).

38 Lo que hemos dicho de la virtud y efecto del pacto de la ley comisoria, no puede correr si se pacta que restituyendo el vendedor el precio dentro de cierto tiempo, se tenga la cosa por no comprada, así por no hallarse establecido en el derecho, como porque en este caso no puede seguirse al vendedor el perjuicio que en el antecedente; pues en el primero se halla el vendedor sin precio y sin cosa, y en el segundo con el precio (*dic. n. vers. Item adde prosequendo.*).

39 Dos circunstancias han de verificarse para que tengan lugar el pacto de la ley comisoria y sus mencionados efectos. La primera que intervengan en el contrato palabras directas, como: *téngase la cosa por no comprada: el contrato no valga*, y otras á este modo: porque si fuesen obliquas v. gr. *vuélvase la cosa*, *restitúyase*, y otras semejantes, solamente podrá intentarse la accion personal para la observancia del pacto que entónces es *de retrovendendo.* La segunda que se haga é interponga por las partes en el mismo contrato y no despues de algun intervalo: siendo digno de advertir, que si el vendedor no quiere usar del pacto de la ley comisoria, despues que se verificó la condicion, sino estar al contrato, y compeler al comprador á su cumplimiento, puede y debe ser admitido por haberse puesto en su favor (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc leyes 38 y 42. tit. 5. Part. 5.*).

40 La sexta causa es el pacto *adjectionis in diem* que consiste en que se tenga la cosa por no vendida, si dentro del término señalado parace otro que ofre-

ce

Universidad Rey Juan Carlos

ce mayor precio, ó hace la compra con mejor condicion, porque si así se verifica, se rescinde y anula el primer contrato (*dic. n. vers. Sextus modus. Ley* 4. *tít.* 5. *part.* 5.) (*a*).

41 Si celebrada la venta simple y absolutamente se disuelve incontinenti por el mutuo consentimiento de las partes, no se debe alcabala, por ser lo mismo que si no se hubiese celebrado; pero si despues de algun intervalo se disuelve por el recíproco consentimiento, ó la disolucion se verifica en virtud del pacto de retrovendendo, muy bien se debe del contrato, porque no pueden las partes privar al fisco del derecho adquirido, aunque no se debe de su disolucion, por no ser contrato sino distracto: todo lo qual tiene tambien lugar quando la venta se anula en fuerza del pacto directo de la ley comisoria, ó *adjectionis in diem*, sin embargo de que se disuelve *ipso jure* con todos sus efectos, como si nunca hubiese precedido; pues el contrato fue perfecto, y de consiguiente se le adquirió derecho al fisco, del qual no ha de privársele (*n.* 31.).

42 El perjuicio que se siga á la cosa despues de perfecta la venta, aunque no se haya verificado su entrega, pertenece al comprador, quien sin embargo tiene obligacion de satisfacer el precio estipulado, así por ser regla general que perfecto el contrato es del comprador el daño y peligro, como porque el deudor en especie de cuya clase es el vendedor, queda libre faltando aquella: debiendo esto entenderse quando la cosa perece ó se deteriora sin culpa del vende-

dor

(*a*) Haciéndose la venta puramente, y resolviéndose baxo condicion: como si se dixese: *vendo el fundo con el pacto de que ofreciéndoseme mayor precio esta venta no valga*; es el contrato perfecto, y los frutos pertenecen al comprador; mas si la venta es condicional v. gr. *te vendo el fundo si otro no me da mayor precio*, corresponden al vendedor los frutos (*núm.* 31. *vers. Per pactum.*).

Universidad Rey Juan Carlos

dor, bien consista en hacer, bien en omitir, como si por no custodiarla, segun suele sus cosas un buen padre de familias, fuese incendiada: porque entónces sufrirá el perjuicio de la cosa el vendedor, que ántes de entregarla se juzga procurador de ella con mandato de la ley (*núm.* 32. *ley* 13. *tít.* 5. *Part.* 5.).

43 Si el contrato de que se habla, se resolviese en quanto á una sola parte por convenio de los contrayentes, se entiende tambien resuelto en quanto á á la otra, siempre que no haya intervenido ni tradicion de cosa ni de precio: y en caso de que se haya entregado la cosa y uno de ellos libre al otro, parece hacerle donacion, y el contrato se resuelve solamente en quanto á una parte (*dic. númer. vers. Quid autem.*).

44 La mencionada regla general padece una excepcion notable en las cosas consistentes en peso ó medida, porque si alguno vende ciertas arrobas de aceyte ó ciertas fanegas de trigo en género y sin determinacion del lugar en que se hallan, el daño y peligro es del vendedor, aunque perezca todo el trigo ó aceyte que tiene en su patrimonio, ó exîste fuera de él, mediante á que el género no puede perecer, y no tenia obligacion de pagar mas bien del contenido en un lugar que del contenido en otro: y si se determinase el lugar del que han de extraherse para la paga, no habiendo intervenido entrega, prueba con gustarlas ó medida, ni sido causa el comprador de que no interviniese, tambien toca el daño al vendedor, no tanto por conceptuarse la venta hecha en género, quanto porque en estas cosas el contrato se presume celebrado con la condicion tácita, *si se pesan ó si se miden*; mas si tales cosas se venden como cierta especie ó cuerpo, v. gr. *todo el vino contenido en tal tinaja*; entónces el peligro pertenece al comprador y no al vendedor, exceptuados tres casos. El primero quan-

Universidad Rey Juan Carlos

quando el vendedor recibe en sí el peligro: el segundo si el vendedor fue causa de que no se midiesen ni pesasen: el tercero si aseguró al comprador que lo vendido era de tal calidad que se podia guardar mucho tiempo sin dañarse, ó si sabiendo que se dañaria no se lo dixese. Y esto mismo sucede quando teniendo noticia el vendedor de haberse publicado ó haberse de publicar dentro de poco tiempo alguna ordenanza para que se vendiese el vino, trigo ú otra qualquiera especie por un precio mas baxo, no certificase de ello al comprador; pues se ha de argüir de la mutacion de la qualidad intrínseca, á la de la qualidad extrínseca que es el precio de la cosa (*dic. núm. vers. Predicta. Leyes* 24 *y* 25. *tít.* 5. *part.* 5.).

45 Tambien debe limitarse la expresada regla en la venta celebrada baxo condicion, si pendiente esta perece la cosa, porque el peligro incumbe al vendedor (*dic. núm. vers. Item predicta. Ley* 26. *titul.* 5. *part.* 5.).

46 La eviccion que se debe en el contrato de venta tiene tambien lugar, ya se evinca toda la cosa, ya solamente una parte indivisa ó separada, (*núm.* 34. *al fin.*) en todos los contratos onerosos como la permutacion, dacion *in solutum*, division de alguna cosa particular comun á muchos por contrato ó última voluntad, y asimismo en la division de la herencia; pues si á un heredero se le despojase de alguna de las cosas que le fuéron adjudicadas por sentencia de Juez ó por unánime voluntad de los herederos, podrá intentar contra estos la accion de eviccion para que salgan al saneamiento, mediante á que la division de la herencia se conceptua cierta permutacion, y tiene fuerza de compra y venta (*núm.* 33 *y* 34. *ley* 33. *tít.* 5. *part.* 5. *y ley penúlt. tít.* 15. *part.* 6.). Dixe: *de las cosas que le fuéron adjudicadas por sentencia de Juez ó voluntad &c.* porque si la division se hizo con arreglo á

Universidad Rey Juan Carlos

á lo dispuesto por el difunto que dividió entre ellos sus bienes, no se debe la eviccion pidiendo por derecho de accion, aunque si reteniendo por derecho de excepcion, y defendiéndose hasta conseguir la indemnidad de su parte (*dic. núm.* 34. *vers. Advertendum tamen.*); pero esta excepcion se limita en quanto á la legítima, bien se le asignase al hijo por el padre en su testamento, ó bien se le dexase en vida por título de donacion, porque si se le evinciese alguna cosa de ella, puede compeler á sus hermanos ó coherederos al saneamiento (*dic. núm. vers. Quod tamen. dic. ley penúlt.*).

47 En los contratos lucrativos no se debe por lo regular la eviccion. Primeramente en la donacion debemos distinguir, pues si ésta principia por la entrega, no está obligado el donante al saneamiento de la cosa, ni debe satisfacer los gastos hechos en ella ó en el pleyto que tuvo para defenderla, en atencion á que de otra suerte sería nociva al donante su liberalidad: así como no pueden admitirse en la cosa donada, aunque aparezca viciosa, las acciones redhibitoria y *quanto minoris*, sino es que sabiendo ser agena la donase, porque entónces tiene contra sí el donante la accion de dolo para que abone las expensas hechas en la cosa. Pero si la donacion principia por la promesa indistintamente, debe salir el donante á la eviccion, bien prometiese una cosa en género, bien en especie, bien sepa que es agena, ó bien lo ignore; pues en este caso parece haberse obligado á transferir el dominio y hacer la cosa del donatario, (*núm.* 35.) (*a*) bien que

(*a*) Don Francisco de Amaya (*leg.* 1. *C. de jure fisci n.* 18.) llama á esta opinion comunmente recibida error inveterado, diciendo que el donante no debe sufrir pena por su liberalidad (*núm.* 36. *vers. Novissime.*). El Suarez (*letra O*) apellida vana y sutil esta diferencia, y yo no encuentro razon sólida en que pueda fundarse.

Universidad Rey Juan Carlos

que si el donante promete expresamente la eviccion, en todo caso debe prestarla (*dic. núm. vers. Secundo limita.*).

48 No es contraria á lo que acabamos de decir la regla de que ninguno se presume donar mas que el derecho que tiene en la cosa, principie la donacion por la entrega ó por la promesa, mediante á que únicamente puede correr quando el donante tiene en la cosa que dona algun derecho ó parte, aunque sea mínima, y por consiguiente en este caso nunca tiene entrada la eviccion; mas no debe admitirse siendo la cosa de un todo agena, por considerarse la donacion con respecto á toda la cosa, supuesto que no puede restringirse á una sola parte, y así se debe seguir la regla de eviccion que va sentada (*dic. n. vers. Advertendum tamen quod circa.*).

49 Otra diferencia notable además de la insinuada se echa de ver entre la donacion que se hace de una cosa enteramente agena, y la que se celebra de una cosa agena en parte, y es que en el primer caso si acontece despues que el donante se haga señor de la cosa donada, se confirmará y valdrá irrevocablemente la donacion, hubiese principiado por la entrega ó por la promesa, porque confirmado el derecho del dante, se confirma el derecho del que recibe: y en el segundo caso, aunque llegue á ser dueño posteriormente de toda la cosa, no valdrá la donacion en la otra parte que al tiempo de hacerse no era del donante, por no extenderse á ella su voluntad. No obsta que si alguna persona lega la cosa en que tan solo tiene parte, valdrá el legado en toda ella si ántes de su fallecimiento toda la adquiere; porque esto sucede en las últimas voluntades que se confirman con la muerte, y por tanto este tiempo debe atenderse, mas no en los contratos en los quales el tiempo de ellos se ha de mirar (*dic. núm. vers. Secunda.*).

Tam-

Universidad Rey Juan Carlos

50 Tampoco tiene lugar la eviccion en los legados siempre que se legue alguna cosa en especie: porque ó no supo el difunto que era agena, y entónces no se debe la eviccion por ser inválido el legado; ó lo supo, y fué la cosa dexada á una persona conjunta, y en este caso se halla obligado el heredero á prestar la estimacion de la cosa por resolverse *ipso jure* el legado en el valor de ella, y consiguientemente la eviccion no se debe; ó finalmente el testador legó una cosa en parte solamente propia, é indistintamente no se debe la eviccion con respecto á la otra, hiciéralo con ignorancia ó sin ella, por ser visto legar el único derecho que en ella tenia; mas si se lega una cosa en género, mueble ó inmueble, y despues se evince la que entregó el heredero, deberá éste salir á su saneamiento, por ser evidente que el difunto no se refirió mas bien á ésta que á otra qualquiera, y así se le debe dar una cosa al legatario que la adquiera perfectamente (*núm.* 36.).

51 En la dote, si se da estimada con estimacion que cause venta, siempre tiene lugar la eviccion, y el que da en dote la cosa agena con dolo, puede ser obligado á que entregue la estimacion é interese de la cosa vencida juntamente con las expensas hechas en ella por medio de la accion de dolo. Pero prescindiendo de estos dos casos ha de atenderse la regla de si principia por la entrega ó por la promesa, segun acontece en la donacion, aunque no sea con respecto á la muger que obtiene la dote con título lucrativo, sino con respecto al marido que la adquiere por causa onerosa, mediante la obligacion que tiene de sostener las cargas matrimoniales: porque el contrato de dote aun de parte del marido no es tan oneroso como el de venta ú otro semejante, pues sería muy injusto que el comprador careciese de la cosa y del precio, y no lo es que el marido sostenga las cargas matri-

Universidad Rey Juan Carlos

trimoniales, sin embargo de que se prive de la dote, por no ser privado de su muger que es lo principal; mayormente quando el peligro de la dote inestimada vencida no pertenece al marido, que en este caso no se halla obligado á la restitucion, aunque tambien debe sufrir las cargas matrimoniales, y se le puede imputar el no haber procurado que se le prometiese la eviccion ó saneamiento (*númer.* 37. *ley* 22. *titul.* 11. *part.* 4.).

52 Por lo que hace al contrato de transaccion debemos decir, que si alguna persona mueve pleyto á otra sobre cierta cosa, y mediante la transaccion se aparta de él, y dimite esta á favor del reo convenido, evinciéndose despues por algun tercero, no está aquella obligada de eviccion, porque no parece que el que dexa la cosa en poder de otro por causa de transaccion, le concede algun título de nuevo ó le transfiere algun derecho: siendo su intencion solamente el apartarse del litigio, y reteniendo el poseedor la cosa como propia, y no como del actor; pero si alguno de los que se transigen entregase cierta cosa á otro en virtud de la transaccion, se halla aquel obligado de eviccion, por ser visto conceder título á este, y transferirle el dominio de la cosa (*núm.* 38.).

53 En el contrato de venta, segun acontece en los demas onerosos, no puede intentarse la accion de eviccion, hasta que el comprador haya entregado la cosa, ó se haga execucion en ella en virtud de la sentencia contra él pronunciada, sin que este tenga derecho despues de movido el pleyto para compeler al vendedor á que le preste fiadores por la eviccion, aun queriendo probar ser la cosa agena, si no es que en el tiempo del contrato se tema la eviccion, y aparezca agena la cosa vendida, como si perfecta la venta, y ántes de entregar el comprador el precio se moviese pleyto sobre ella; pues en este caso aunque no puede in-

intentar la accion de eviccion, mediante á no haberse vencido la cosa; sí retener el precio hasta que se le dé suficiente caucion y fianza por la eviccion de ella; bien que si el pleyto se hubiese movido por dolo é instancia del comprador, y de ello constase, no puede retener el precio; en cuya inteligencia será muy útil valerse de la cautela de que el comprador, y el que mueve el pleyto, juren no haberse cometido fraude alguno (*núm.* 39. *al princ.*).

54 Sabiendo el vendedor que la cosa era agena, no tiene lugar propiamente la eviccion, y tan solo en qualquiera tiempo, y sin ser necesario que se mueva pleyto sobre ella, podrá el comprador pedirle el interese por razon de su dolo (*dic. núm. vers. Secundò limita.*).

55 Para que pueda intentarse la accion de eviccion, se requiere que el comprador, ó aquel á quien fué vendida la cosa, haga saber el pleyto al vendedor ó autor suyo, á fin de que asista á él, y venga á defenderlo: exîgiéndose para que estos se certifiquen del litigio, que se les manifieste copia del libelo en pública forma si la denunciacion se hace sin autoridad de Juez, porque con ella no se necesita; y debiendo hacerse muerto el vendedor, ó autor á todos sus herederos, pues si se hiciese á uno solo, los demas no quedarian obligados, y cada uno lo está de eviccion con respecto á la parte que le ha tocado de herencia (*vers. Item adde quod ad hoc. Ley* 33. *tít.* 5. *part.* 5.).

56 Tambien debe hacerse la denunciacion referida ántes que pase el término de proponer las excepciones, y de hacer prueba, porque si se hace despues, el vendedor ó autor no puede defender la cosa, y probar y deducir su derecho en juicio, mediante á que debe tomar el pleyto en el estado en que se halla (*vers. Item quæro. Ley* 36. *tít.* 5. *part.* 5.): de lo qual se deduce, que si en la primera instancia no se hi-

Universidad Rey Juan Carlos

hizo la denunciacion, podrá hacerse en la segunda, siempre que las cosas se hallen íntegras para el vendedor ó autor, por poderse admitir excepciones y pruebas sobre los artículos deducidos en la primera, mas no de lo contrario (*vers. Ex quo infertur.* (*a*). Y de tal suerte es necesaria la denunciacion, que ha de intervenir aun quando el vendedor ó autor tenga noticia del pleyto, porque no tanto se hace para esto quanto para que venga á la causa y la defienda (*vers. Item adde quod in tantum.*).

57 No se requiere la denunciacion quando la necesidad de hacerse se remitió por el vendedor ó autor, segun se practica en los instrumentos de venta (*vers. Item adde quod ista.*). Tampoco se necesita la denunciacion en el caso de que el derecho del que vence la cosa, sea tan notorio que con ninguna prueba ó defensa se pueda obscurecer: pudiendo además el comprador reconvenido restituir la cosa al que la pide ántes de la sentencia condenatoria, y debiendo siempre probar manifiestamente ser la cosa agena; de cuya prueba se excusa con la denunciacion, por bastar entónces la manifestacion de la sentencia en que fué condenado (*vers. Item etiam adde.*).

58 El vendedor ó autor á quien se hizo la denunciacion, no está obligado á tomar el pleyto, y suministrar las expensas, por incumbir al comprador, sino es que aquel las prometiese expresamente, porque entónces queda obligado, condenándose de otra suerte en todas las expensas del pleyto, y en todo el interes (*vers. Item quod venditor.*) (*b*); bien que el vende-

(*a*) En las causas lucrativas en que tiene lugar la eviccion, debe hacerse la denunciacion ántes de contestarse el pleyto (*núm.* 40. *vers. Denuntiationem fieri.*).

(*b*) Esto se entiende si fuese denunciado jurídicamente (*núm.* 40. *vers. Venditorem.*).

Universidad Rey Juan Carlos

dedor aunque no se haya hecho la denunciacion correspondiente, ni hubiese prometido en el contrato defender el pleyto, puede si quiere en los casos que está obligado de eviccion movido el litigio, y ántes de principiarse con el comprador (porque despues es indispensable el consentimiento del actor) tomar en sí la causa sin mandato alguno por su propio interes, segun se observa en otros muchos casos, en los quales la persona interesada tiene facultad para comparecer en juicio, y asistir á la causa presentando testigos ó instrumentos, ó haciendo alguna otra prueba. Y es digno de advertir que el vendedor como que está obligado de eviccion, compareciendo por su propio interes, puede tomar en sí principalmente toda la causa, lo qual no acontece en otros casos, porque en ellos el interesado solo tiene derecho para asistir al pleyto, y coadyuvar la justicia del reo reconvenido: debiendo el que comparece tomar la causa en el estado que la tienen el actor y reo, y manifestando primero á lo ménos sumariamente su derecho ó interes (*vers. Item adde quod venditor. Ley* 33. *tít.* 5. *part.* 5.).

59 Si el vendedor ó autor á quien fué hecha la denunciacion, quiere comparecer y asistir en la causa, debe litigar y seguirla en el tribunal en donde se principió, sin que pueda declinar la jurisdiccion, aunque sea Clérigo, y goce del privilegio del fuero (*vers. Item adde quod talis venditor. Ley* 57. *tít.* 6. *part.* 1.).

60 No tan solo puede el comprador, ú otro que obtuvo la cosa por título oneroso, intentar la accion de eviccion, quando poseyéndola fué condenado por el Juez á que la restituyese, sino tambien quando perdió la posesion sin culpa suya (no de otra suerte) y habiendo intentado las acciones reivindicatoria y publiciana sucesivamente ó á un mismo tiempo (pues si no se intentan ambas no tiene lugar) contra el poseedor ó detentador, siempre fuese este absuelto, bien por-

Universidad Rey Juan Carlos

porque probase ser la cosa suya, ó bien porque el actor no hiciese la prueba que le correspondia, mediante á que en uno y otro acontecimiento seria injusto no pudiese solicitar el saneamiento, habiendo perdido la cosa sin culpa alguna: siendo digno de notar, que aun en este caso debe el comprador hacer saber al vendedor el pleyto que movia (*vers. Item adde quod nedum.*).

61 En muchos casos no está obligado de eviccion el vendedor, aunque le fuese hecha la denunciacion. El primero es, quando así se hubiere convenido con el comprador; pues entónces solo podrá compelerse á la restitucion del precio para que no se lucre con la pérdida del comprador, y no á satisfacer todo el interes; sino que se pactó especialmente que tampoco se habia de hacer la restitucion del precio: debiendo entenderse lo expuesto, si el vendedor ignora ser la cosa agena, porque sabiéndolo queda obligado á la satisfaccion de todo el interes por razon del dolo, sin que sea de omitir que en el caso de que el pacto de no estar obligado á la eviccion no sea general, sino particular ó respectivo á cierta causa ó persona, si fuese vencida por una ú otra, no se halla obligado el vendedor ni aun al precio de la cosa, ya lo supiese, ya lo ignorase, en atencion á que el comprador parece cerciorado, y por tanto á él mismo se ha de imputar (*dic. núm. vers. Notandum.*).

62 El segundo caso es, quando el comprador no apela de la sentencia pronunciada contra él siendo injusta, ó no denuncia al vendedor en tiempo oportuno para comparecer y apelar, aunque ántes se hubiese denunciado el pleyto, bien se halle ó no presente el vendedor al tiempo de la sentencia. Dixe *siendo injusta*, porque si fuese justa á causa de constar verdaderamente ser la cosa de quien la pide, no tiene obligacion de apelar; pues si en este caso pudo restituirla ántes de

la

la sentencia, con mayor motivo podrá no apelar, ni seguir la apelacion. Y dudándose si la sentencia es justa ó no, tampoco deberá apelar, mediante á presumirse justa en caso de duda; pero si el comprador apelase de la sentencia injusta verdaderamente, ó en caso de duda, está obligado á seguir la apelacion dentro de los términos prescriptos, á no ser que la denuncie al vendedor, porque la denunciacion excusa del gravámen de apelar y seguir la apelacion (*vers. Secundus. Ley* 36. *tít.* 5. *part.* 5.) (*a*).

63 El tercero, quando el comprador fué condenado injustamente por imprudencia del Juez, errando en la disposicion del derecho ó hecho; pues en este caso solo queda el remedio contra el Juez en el tiempo de la residencia, mediante á que parece perdida la cosa fortuitamente, y por tanto la pérdida toca al comprador (*vers. Tertius. dicha ley* 36.).

64 El quarto, quando habiéndose movido ó habiendo de moverse pleyto sobre la cosa, el comprador se compromete en árbitros, y fuese condenado, ó quando proroga la jurisdiccion del que no es su Juez, por quanto lo hizo sin necesidad alguna: infiriéndose de aquí, que si el comprador estaba obligado á comprometerse, se podrá valer de la accion de eviccion (*núm.* 40.).

65 El quinto, quando por el Príncipe es compelido el comprador á vender ó entregar la cosa á otro por alguna causa onerosa, en atencion á que no pudiendo resistir á su voluntad, se conceptua privado de ella por un caso fortuito. Baxo de este supuesto es tambien evidente, que si al comprador se despoja de la

(*a*) El vendedor puede apelar de la sentencia pronunciada contra el comprador, aunque por no apelar este se haya pasado en autoridad de cosa juzgada (*númer.* 40. *vers. Emptorem non posse.*).

Universidad Rey Juan Carlos

la cosa, en virtud del derecho de retracto, bien por ser de patrimonio ó abolengo, ó bien por ser comun pro indiviso, no estará obligado de eviccion el vendedor, porque fué vencida con arreglo á la voluntad del Príncipe ó de la ley. (*dic. núm. vers. Quintus. Ley* 37. *tit.* 5. *part.* 5.).

66 El sexto, evinciéndose la cosa por derecho especial v. gr. por la restitucion *in integrum*, en cuyo acontecimiento solo podrá el comprador pedir el precio, porque seria injusto que se privase de uno y otro, aunque si en el contrato se prometiese expresamente la eviccion, tendrá tambien lugar en este sexto caso (*núm.* 41.).

67 El séptimo, quando el comprador sabia hallarse la cosa obligada á otro, ó ser agena, aunque ignorase de quien: y en este caso tampoco puede pedir el precio (sino que se le hubiese prometido expresamente el salir al saneamiento) por ser visto donarlo, ni retenerlo no habiéndolo entregado, sin embargo de que intervenga dolo de parte del vendedor; bien que siempre que se invierta en utilidad de este, habrá lugar á la repeticion (*númer.* 42. *ley.* 19. *titul.* 5. *part.* 5.) (*a*).

68 El octavo, quando el comprador es expelido de la cosa violentamente, aunque el vendedor hubiese prometido defenderlo en ella de derecho y de hecho, porque debe entenderse aconteciendo el que se le mueva pleyto con derecho ó sin él, mas no en el caso de que se le infiera violencia de hecho. El nono, quando el comprador no usucapió ó prescribió la cosa por culpa suya. El décimo, quando perdió la cosa por su negligencia, y de poseedor se hizo actor. El un-

(*a*) En el *vers. Secundò limita al fin de este núm.* está el lugar mendoso, y donde dice: *in utilitatem venditoris* debe decir *in utilitatem domini* (*núm.* 43. *vers. Denique.*)

Universidad Rey Juan Carlos

undécimo, quando contraviniendo á la prohibicion puesta en el contrato la vendió ó enagenó, y por esta causa llegó á perderla (*núm.* 43.).

69 El duodécimo y último caso es, quando se comprase al heredero la herencia ó parte de ella, y se venciese alguna cosa particular. La razon consiste en que si era hereditaria, y el comprador fué condenado injustamente, no tiene lugar la eviccion: si no era hereditaria, no se contempla vendida; y si era hereditaria, y se venció justamente por haber probado el actor ser dueño, tampoco tiene lugar, porque no se conceptua vendido mas que el derecho universal hereditario que compete al heredero, el qual no fué vencido. Por este motivo si se evinciese toda la herencia ó parte de ella, á causa de haberse probado que el vendedor no era heredero, ó que no habia muerto aquel de cuya sucesion se trata, está obligado á la eviccion (*núm* 44.).

70 La eviccion que se debe quando se priva al comprador de toda la cosa, ó parte de ella, se debe tambien evinciéndose el usufructo, mediante á que se juzga parte de la cosa; pero no se debe con respecto al uso y servidumbres rústicas ó urbanas, porque aquel y estas no se conceptuan partes de la cosa, sino qualidades ó accidentes suyos; bien que esto se entiende haciéndose la venta simplemente; pues si el vendedor expresó que el fundo no debia servidumbre, queda obligado de eviccion. Y sabiendo el vendedor que el fundo debia servidumbre, puede ser reconvenido por el interes, y no por el duplo con la accion *ex empto*, si no certificó de ello al comprador con expresion de la misma servidumbre, por no ser bastante que sea cerciorado en general, como si solo se dixese, que el fundo debia servidumbre; mas si el vendedor no tuviese noticia de ella, solamente podrá el comprador intentar la accion *quanto minoris*, aunque

que por la *ley* 63. *tít.* 5. *part.* 5. puede el comprador sin perjuicio de los remedios expresados por estar en su mano la eleccion, rescindir el contrato, y pedir el precio, daño é interes por causa de la servidumbre vencida siendo sabidor el vencedor, y siendo este ignorante, puede el comprador del mismo modo rescindir el contrato, mas no pedir el daño ó interes (*núm.* 45.)

71 Si el comprador pretendiese que se debia servidumbre al fundo comprado, y fuese vencido, no podrá valerse de la accion de eviccion, ni de algun otro remedio contra el vendedor, á no ser que este dixese expresa y especialmente que se le debia tal servidumbre (*dic. núm. vers. Si verò emptor.*).

72 La accion de eviccion no se transfiere en el sucesor particular contra el primer vendedor ó autor: debiendo cada uno de los que obtuviéron la cosa vencida por título oneroso, hacer la denunciacion á su inmediato autor, y reconvenirle de eviccion, porque como sean diversos los contrayentes, títulos y contratos, justamente nace de cada uno de ellos su propia y nueva accion de eviccion, que no puede intentarse contra el primer autor por no tenerse obligado. Además de esto concurre que la accion *ex empto* de eviccion que compete al primer comprador, es personal, y segun su naturaleza no pasa ni activa ni pasivamente al singular poseedor de la cosa, y por lo mismo si el que ha obtenido la cosa por título oneroso, la enagena á otro por título lucrativo, del qual no se debe la eviccion, y despues se evince, tampoco podrá el adquirente por título lucrativo reconvenir al primer autor para que salga al saneamiento por la persona de su autor (*núm.* 46.).

73 Esta doctrina debe limitarse, si el comprador que enagena á otro la cosa por título oneroso ú lucrativo, le cede la accion de eviccion, pues con este re-

Universidad Rey Juan Carlos

quisito se podrá reconvenir de eviccion al primer autor; en cuya inteligencia será muy útil expresar en los instrumentos de venta, donacion ú otro contrato, que el enagenante cede y traspasa todo el derecho, y todas las acciones que por la cosa y con su ocasion le competen. (*dic. n. vers. Quod tamen*) (*a*).

74 Si el particular poseedor que tiene la cosa v. gr. de Pedro fué reconvenido, y á conseqüencia de la sentencia condenatoria privado tambien de aquella, podrá Pedro inmediatamente habiendo precedido la denunciacion necesaria, intentar la accion de eviccion contra su vendedor ó autor, siempre que se hubiese reservado en ella algun derecho quando la enagenó, como si la hubiese dado en dote, en feudo ó en enfiteusis, porque vencida la cosa al punto perece el derecho que se reservó en ella; pero si Pedro ningun derecho se reserva quando hace enagenacion de la cosa, sin embargo de que sea vencida del particular sucesor que de él la obtuvo y preceda la denunciacion, no puede reconvenir de eviccion á su autor hasta que aquel lo haya reconvenido con la misma accion, y haya satisfecho en fuerza de ser condenado (*dic. n. vers. Item etiam*).

75 Aunque el singular poseedor por título oneroso quedase vencedor en el pleyto que le fuese movido sobre la cosa, puede repetir de su autor todos los gastos que en él expendiese en los casos que estuviese obligado de eviccion, no tan solo quando este prometió expresamente el satisfacerlos, sino tambien quando faltase su promesa; pues en todos los con-

(*a*) Si el vendedor prometiese la eviccion no solo al primer comprador sino tambien á sus herederos y sucesores, podrá el segundo comprador sin cesion alguna reconvenir al primer vendedor (*n.* 47.).

Universidad Rey Juan Carlos

contratos en que la eviccion se debe, tiene obligacion el autor despues que se le denunció el pleyto á defender al poseedor, si no quiere hallarse obligado al interese, y por consiguiente no tomando en sí la causa, queda ligado en virtud de accion y obligacion por todas las costas: exceptuándose de esta general doctrina el caso de no haberlas obtenido el poseedor del que lo reconvino, por no solicitarlo ante el Juez (*n.* 47.).

76 Vendiéndose ó enagenándose por contrato oneroso en el que se deberia la eviccion si se enagenase la cosa agena, algun siervo, animal ú otra qualquiera cosa mueble con alguna enfermedad, vicio ó tacha, puede el comprador rescindir el contrato restituyendo la cosa al vendedor y recobrando el precio dentro de seis meses mediante la accion redhibitoria, ó estar al contrato, y solicitar con la accion *quanto minoris* la diminucion del precio por razon de la enfermedad ó tacha dentro de un año, principiándose á contar uno y otro tiempo desde el de la ciencia y no ántes (*n.* 48. *leyes* 64. *y* 65. *tit.* 5. *part.* 5.).

77 Las referidas acciones no pueden intentarse quando la enfermedad ó tacha se hallase manifiesta, ó el comprador la supiese al tiempo de la venta, ó últimamente quando el vendedor cerciorase del vicio especial, y claramente al comprador: porque no es suficiente que exprima las tachas con obscuridad, generalidad ó confusion, como si teniendo la cosa vendida cierto vicio, el vendedor expresase que la vendia con todos sus vicios ó enfermedades; pero debe advertirse, que todo lo expuesto se entiende con respecto al vicio que tenia la cosa ántes de celebrarse el contrato, y no con respecto al que sobrevenga despues, y por tanto el comprador deberá probar que el vicio existia en la cosa ántes de la com-

Universidad Rey Juan Carlos

compra (*dic. n.* 48. *vers. Quod tamen intellige y n.* 49. *ley* 66. *tit.* 5. *part.* 5.).

78 Si en una misma disposicion se venden muchas cosas separadas y no unidas por algun respecto ó motivo, cada una por distinto precio, hallándose alguna de ellas con tacha, esta puede redhibirse solamente y no las demas, y si se venden por un mismo precio, tampoco se redhibirá mas que la viciosa estimándose su valor por el Juez; pero si las cosas vendidas á un mismo tiempo estan unidas por alguna causa, de tal suerte, que sea dura y nociva su separacion, segun acontece en muchos animales de un oficio, bien se hayan vendido por un precio, bien por diversos, ó todas se han de redhibir ó ninguna, porque de otra forma no se hallaria quien las comprara (*dic. n.* 49. *vers. Dubium tamen*).

79 Todas las cosas pueden venderse exceptuándose las que se hallan prohibidas por ley. Estas son las sagradas y religiosas, las públicas, y el hombre libre, en tales términos, que no convalece la venta, aunque todas aquellas se hagan privadas y este sea reducido á la servidumbre, ni es válida desde el principio haciéndose baxo de esta condicion: pudiendo el comprador ignorante, no lo siendo el vendedor, pedir todo el interes, y teniendo noticia de la calidad de la cosa únicamente el precio (*n.* 50. *leyes* 15 *y* 18. *tit.* 5. *part.* 5.*).

80 Ninguno puede ser compelido á vender sus cosas aunque por ellas se le dé el justo precio sino en

(*) Parece mas probable que no puede el comprador pedir el precio en este caso, porque quando alguno compra la cosa agena con ciencia de serlo, no puede repetirlo segun se dixo en el *n.* 67, y entre ambos casos no se echa de ver razon de diferencia (*letra* Q).

Universidad Rey Juan Carlos

en dos casos. El primero, quando resulta utilidad á la Religion ó al público, como se advierte en estos exemplos. No habiendo camino para dirigirse á algun lugar religioso ó público, será precisado el dueño vecino á venderlo por el justo precio, como asimismo su propia casa ó fundo, si se considera necesario para edificar ó ampliar Iglesia, hospital ú lugar piadoso. Tambien en tiempo de carestía puede el Príncipe, Señor temporal, Ciudad ó Juez Ordinario compeler á los súbditos á que vendan el trigo y otros comestibles por cierto y justo precio: cuidando de que ninguno compre mas de lo que necesita para que otros no los compren mas caros, ó lleguen á carecer de ellos totalmente, segun se practica en nuestra España. Y aun llega á tanto el favor público, que si teniendo alguno era en cierto lugar pretende el vecino construir casa, ó levantar la que tiene inmediata, de tal suerte que se impida el ayre de la era, y no puedan cogerse los frutos, podrá aquel estorbar á este que edifique sin entregarle precio alguno. El segundo caso es, quando el Señor trata á su siervo con dureza y crueldad; pues por este motivo será compelido á venderlo, así como se precisará á que venda la jurisdiccion al Señor temporal ó Juez que trate á sus súbditos con demasiada aspereza (*n.* 51. *ley* 6. *tit.* 21. *part.* 4.).

CAPITULO III.

De la locacion y conduccion.

1 El segundo contrato que se celebra con el consentimiento es la locacion y conduccion, la qual se verifica quando una persona entrega á otra alguna cosa para que use de ella y la disfrute por cierta pension. Esta ha de consistir en pecunia numera-

rada, pues si consiste en cierta parte de trigo, vino ú otra especie de fruto, no será propiamente locacion sino contrato innominado, aunque semejante, teniendo lugar en este quanto se halla dispuesto en aquella y compitiendo la accion *præscriptis verbis*: y si consiste la pension en cierta quota de frutos, será contrato de sociedad (*en el princip. y n. 3. vers. Item quæro. Ley 1. y todo el tit. 8. part. 5.*).

2 En este contrato pueden intervenir las mismas personas que en el de venta, y el dueño que arrienda está obligado á entregar la cosa y permitir que usen de ella, y la disfruten por el término convenido, y el conductor á la satisfaccion del precio en el debido tiempo; pero si el dueño no tiene facultad para entregar la cosa por que pereció fortuitamente, se disuelve el contrato en un todo y se desvanece la obligacion de ambas partes, no obstante que el comprador, aunque perezca la cosa, debe entregar el precio al vendedor por cuya parte se disolvió el contrato; pues el de venta es instantaneo y no tiene tracto sucesivo, y por consiguiente habiendo perecido la cosa, el vendedor como deudor en especie queda libre; y el de locacion es respectivo, y tiene tracto sucesivo, por quanto la pension se da por el uso y goce de la cosa, y así faltando esta necesariamente ha de faltar la obligacion de parte del conductor (*n.* 1.).

3 Pereciendo la cosa ó evinciéndose por dolo y culpa del locador, está obligado á la satisfaccion de todo el interes, y lo mismo acontece siendo vencida sin dolo ó culpa suya; sí bien es cierto que en este caso satisfará tambien al conductor entregándole otra cosa igualmente idónea, sin embargo de que esto último no tiene lugar en el contrato de venta, ni en el que se halla obligado á entregar alguna cosa por el contrato de permutacion, de pósi-

Universidad Rey Juan Carlos

sito, comodato, ú otro semejante. La razon de diferencia consiste en que se trata en la compra y semejantes contratos de la perpetua enagenacion de la cosa y de transferir todo su derecho, que no se consigue por la solucion del precio; y en el contrato de locacion no se trata de traspasar dominio, posesion ni otro derecho real, sino de usar y gozar la cosa por cierto tiempo, y de consiguiente se trata de poco perjuicio: en cuya atencion mas fácilmente por equidad concedió la ley que en este contrato fuese suficiente el prestar al conductor otra cosa semejante á la arrendada. Y esto mismo se verifica en el fiador y en la prenda, pues se satisface dando otros iguales á los prometidos (*n.* 2.) (*a*).

4 No habiéndose entregado la cosa, ó aunque se haya entregado, no pudiéndose usar de ella por impedimento que ocasione la naturaleza ó algun tercero, ni el Señor está obligado al interes, ni el conductor al precio con respecto al tiempo del obstáculo. Baxo de este supuesto si el conductor abandona la casa por temor de peste ó porque amenaza ruina, no queda obligado: y asimismo el fámulo no puede pedir el salario por el tiempo que estuvo enfermo (*n.* 3. *ley* 21. *tit.* 8. *part.* 5.).

5 Finalizado el tiempo de la locacion puede el dueño expeler de la cosa al conductor por medio de la accion *locati*, ó del remedio posesorio, y aun por su propia autoridad interviniendo resistencia; y arrendarla á otro libremente, sin que pueda el conductor retener la cosa arrendada por el mismo ó mayor precio; pero de esta regla se exceptuan los con-

(*a*) Por lo que hace al fiador y prenda hay varias opiniones, y Pinelo sigue contra nuestro Gomez que el acreedor no puede ser compelido en ninguno de los dos casos á la admision de uno por otro (*n.* 3. *vers. Quod fidejussorem*).

Universidad Rey Juan Carlos

conductores de predios fiscales que se prefieren á otros por el mismo precio, en atencion á que algunas veces han de continuar forzados en el arrendamiento. Tambien se prefieren por el mismo precio los estudiantes, y siempre que en el pueblo del arrendamiento haya costumbre de esta preferencia, se ha de observar (*n.* 5. *ley* 18. *tit.* 8. *part.* 5. *y ley* 5. *tit. fin. part.* 2.).

6 Durante el tiempo de la locacion puede el locador expeler al conductor por quatro causas expresas en el derecho. La primera es, si el conductor no satisface el precio al locador. La segunda, si este la necesita para sus propios usos (*a*). La tercera, si quiere componer su casa (I). Y la quarta, si el conductor se versa mal en ella. En quanto á la primera causa si la locacion se hizo por mucho tiempo y se constituyó una pension por cada año, ha de cesar la paga por dos: si la locacion se hizo por corto tiempo, basta que el conductor no pague en el tiempo debido; y si la locacion se hizo por dos ó tres años, es suficiente que no se haga la satisfaccion en uno, segun debe entenderse la *ley* 5. *tit.* 8. *part.* 5. Y en quanto á la segunda causa debe decirse, que únicamente tiene lugar quando el motivo de necesidad no exîstia al tiempo del contrato, y despues sobrevino, como si contrahe matrimonio, si se arruina la casa en que habita, ó consigue alguna dignidad por la que necesita de familia

(*a*) Puede expelerse al conductor por estas dos causas, aunque hubiese intervenido el pacto *de non expellendo*, y el conductor por el contrario puede abandonar la cosa alquilada ó arrendada precediendo causa (*n.* 7. *vers. ex quatuor y siguiente.*).

(I.) Segun la ley 6. abaxo citada vers. *La segunda* ha de hallarse la casa en tal disposicion, que sin la obra que se intenta hacer en ella podria destruirse. (*Véase* al Señor Elizondo *en el* 4. *tom. de su práct. univ. For. pág.* 130. *n.*1.)

Universidad Rey Juan Carlos

lia mas dilatada. Tambien tiene lugar lo expuesto, ocurriendo la dicha necesidad al hijo, ó descendiente del locador: advirtiéndose que lo referido tan solo puede correr en la casa alquilada, y no en el fundo rústico, pues sin embargo de la necesidad superveniente no ha de ser expelido el conductor; así porque la ley contiene un privilegio que no se debe extender, como porque la habitacion es parte de los alimentos (*n.* 6. *ley* 6. *tít.* 8. *part.* 5.).

7 Si el marido durante el matrimonio arrienda alguna cosa dotal, disuelto este la muger ó su heredero ha de estar al contrato, y asimismo puede compeler al conductor á su observancia; bien es verdad que no está obligada la muger ó su heredero á pasar por el contrato precisamente sino *causativè*; pues no queriendo aprobarlo ó confirmarlo, el conductor podrá pedir al marido todo el interes, y por tanto la muger ó su heredero no puede ocupar la cosa locada hasta ofrecer al marido ó sus herederos caucion de indemnidad, aunque es cierto que estos no necesitan de pedirla, por quanto la muger ó su heredero queda obligado *ipso jurè* si no quiere estar al contrato, del mismo modo que si diese caucion. Pero si el tutor, curador ú otro que tenga plena y legítima administracion arrienda alguna cosa, muerto el legítimo administrador, el dueño ó su heredero se halla precisado á pasar por el contrato, como si ellos mismos hubiesen intervenido en él, y el colono ó inquilino tiene derecho de retencion por el tiempo del alquiler ó arrendamiento. No obsta lo dicho anteriormente, porque tan solo tiene lugar quando alguno administra en nombre propio y como señor, segun es el marido en las cosas dotales, mas no quando administra en nombre de otro: por cuyo motivo si el marido loca los bienes parafernales, cuya administracion se le encarga tácitamente

por la ley, ha de pasar la muger precisamente por el contrato (*núm.* 8.) (*a*).

8 Si el locador no tiene pleno dominio ni plena administracion en la cosa como el usufructuario, fideicomisario, poseedor de mayorazgo ú otra persona semejante, el sucesor de ningun modo queda obligado á pasar por el contrato, porque el tal poseedor ni es dueño ni administrador de un verdadero dueño, y solamente tiene un derecho real por el tiempo de su vida (*dic. n. vers. Tertia.*).

9 No pasa el contrato de locacion ni activa ni pasivamente al particular sucesor de la cosa, y por tanto si el dueño la vende á otro, podrá este expeler al conductor (aunque el locador queda obligado á la satisfaccion del interes) y por el contrario el conductor podrá dexar de seguir en el arrendamiento. Esto mismo tiene lugar quando se vende ó enagena el usufructo de la cosa ó se concede en enfitéusis, porque el particular sucesor se hace plenamente dueño de la cosa, y el colono ó inquilino ningun derecho tiene en ella, y sí solo tiene obligada la persona del señor al mismo tiempo que este lo tiene obligado, de cuya obligacion recíproca nace una accion personal mutua, activa respecto del señor, y pasiva respecto del colono ó inquilino, que no sigue al poseedor de la cosa. De esta razon se infiere que si el conductor tuviera algun derecho real, no podria ser expelido, como si el locador hipotecase todos sus bienes por la seguridad del contrato, ó especialmente la cosa locada; pues entónces el conductor podria retener esta en lugar de prenda ó hipoteca, y no seria expelido hasta que se le sa-

(*a*) La muger ha de pasar forzosamente por el contrato de locacion que hizo el marido de alguna cosa ganancial; porque conforme á la ley es legítimo administrador de los bienes adquiridos durante el matrimonio (*n. 9. vers. In bonis autem.*).

Universidad Rey Juan Carlos

satisfaciese todo el interes. Igualmente si el colono ó inquilino arrendó la cosa por mucho tiempo; v. gr. por diez años ó por el tiempo de su vida, en cuyo caso á lo ménos tiene un derecho útil en la cosa, no podrá ser expelido y tendrá el derecho de retencion (*n.* 9. *ley* 19. *tít.* 8. *part.* 5.).

10 Tambien tiene el conductor la excepcion y derecho de retencion contra el comprador ó particular sucesor, quando al tiempo de la venta ó enagenacion intervino convencion expresa de que no pudiera ser expelido. (*dic. n. vers. Tertiò limita*, *dic. ley* 19.). Ultimamente no puede ser expelido el conductor, si al tiempo del contrato de locacion hizo pacto con el dueño de que durante el término de ella no habia de enagenar la cosa locada, hipotecándola especialmente por la observancia y firmeza del contrato, en atencion á que el pacto de no enagenar puesto en favor del que tiene hipoteca ó algun derecho es un grande impedimento para la enagenacion (*dic. n. vers. Quartò limita.*).

11 Confiscándose solamente el fundo ó cosa locada, no está obligado el fisco á pasar por el contrato, como que es sucesor particular de ella, y puede expeler al conductor ó inquilino; pero si se confiscan generalmente todos los bienes ó parte quotitativa de ellos sucede lo contrario, por reputarse heredero y sucesor universal, si no es que los bienes se confiscan por un delito de tal calidad, que por él pierde *ipso jure* el delinqüente el dominio y su administracion (*núm.* 10.).

12 El conductor puede locar la cosa á otro siempre que sea igualmente idóneo y para el mismo uso (*núm.* 11.) y aunque el segundo conductor no se halla obligado con accion personal para satisfacer la pension al dueño primer locador, las cosas que aquel lleve á la cosa ó casa alquilada y los frutos que naz-

can en el fundo rústico quedan obligados tácitamente por la pension referida, en cuya virtud por esta podrá el dueño intentar la accion hipotecaria; y si por ventura el segundo conductor hubiese pagado el primero, aunque fuese ántes del tiempo debido, queda libre de uno y otro; no pudiendo ser expelido aun no pagando el primer conductor al dueño (*n.* 12.).

13 La pension se ha de pagar en el tiempo estipulado, y si náda hubiesen dicho las partes se ha de estar á la costumbre del pueblo: pagándose segun derecho si de esta no constase al fin del año, porque el locador no cumple ántes el contrato por su parte, y porque en duda se ha de seguir en los contratos lo ménos perjudicial al deudor; bien que en los fundos públicos enfitéuticos y tributarios se ha de pagar cada año en tres términos: siendo digno de advertir que dudándose si el conductor ó inquilino ha pagado la pension por los años preteridos, le bastará á este manifestar á pocas por las quales acredite haber satisfecho en los tres años últimos, en atencion á que se presume haberlo hecho en los anteriores, si el locador no prueba lo contrario (*n.* 13. *ley* 4. *tít.* 8. *part.* 5.).

14 Para que valga el contrato sobre alguna cosa comun se requiere el consentimiento de todos los compañeros, y no basta el de la mayor parte, ó el del que tiene mas derecho, porque en las cosas que son comunes á muchos *ut singulis*, es indispensable el consentimiento de todos: lo qual se entiende para que valga en utilidad ó perjuicio de todos, como si por todos se hubiese hecho, pues si uno de los compañeros quiere locar la casa ó fundo á alguna persona haciéndolo saber al otro, aunque sea contra su voluntad valdrá el contrato en toda la cosa únicamente en utilidad y perjuicio del locador, quien percibirá solo la pension ó los frutos, mediante á que el se-

señor por parte indivisa puede lícitamente usar de la cosa conforme á su destino, quando el acto ó uso no se puede expedir con respecto á una parte, porque de otra forma por dolo y culpa de uno se seguiria grave perjuicio á otro: y habiendo discordia entre los compañeros se puede evitar provocando qualquiera de ellos á la division, ó dividiéndose entre todos el tiempo que han de gozar de la cosa, para que cada uno por el tiempo que le pertenezca, la tenga por sí ó la dé en arrendamiento (*núm.* 14.).

15 Si la discordia consiste en que uno quiere locar á una persona y otro á otra, será preferido aquel que quiere locar á persona honesta: si ambos quieren locar á persona honesta, el Juez interpondrá su autoridad para que se evite escándalo ó riña entre los compañeros y el fundo no quede sin cultura; y si alguno de los socios quiere locar para sí la cosa en que tiene parte, y otro quiere darla á otro en arrendamiento, será preferido el compañero (*dic. n. vers. Unum tamen.*).

16 Siendo el fundo rústico si uno de los socios usa de todo él y percibe los frutos presente ó ausente el otro, está obligado á comunicarlos con este, porque el tal cómodo y utilidad consiste en una cosa extrínseca que puede dividirse; pero si el fundo comun es urbano, v. gr. una casa, habitándola toda *pro indiviso* uno de los compañeros, aunque por esto se excuse de alquilar otra capaz y de pagar la pension; no se halla obligado á satisfacer al otro alguna parte de pension ó utilidad, mediante á que no consiste en cosa extrínseca, por quanto es una utilidad intrínseca de la persona que habita, é inseparable de ella, de modo que no se puede dividir para dar parte á otro (*dic. n. vers. Item adde pro complemento.*) (*a*).

17 Si

(*a*) Es mas probable que siendo la casa tan ampla que le bas-

Universidad Rey Juan Carlos

17 Si el inquilino concluido el tiempo estipulado permanece en la casa alquilada con ciencia y paciencia del locador, se induce entre ellos tácita reconduccion por solo el tiempo que habitare aquel, y está obligado á pagar la pension á prorata con respecto al precio convenido en el primer contrato; mas si esto acontece en un fundo rústico se induce tácita reconduccion por todo el año principiado únicamente, y el conductor se obliga por toda su pension, aunque el primer arrendamiento se hubiese hecho por muchos años. Esta doctrina tiene tambien lugar en los fundos de la república, fisco ó Iglesia, en cuyo caso se requiere la ciencia y paciencia de los Regidores, Prelados ó personas que los administran. Fúndase la diferencia notada entre los predios rústicos y urbanos, en que en estos cada dia se percibe la utilidad de la habitacion, y en aquellos se perciben los frutos sola una vez en el año, y por tanto de ninguna utilidad seria la reconduccion tácita si no se entendiese por todo un año. En fuerza de esta razon si el fundo rústico es de tal calidad que se perciben solamente los frutos de dos en dos años, ó de cinco en cinco, ó cada año se perciben dos veces, ó en fin se perciben uniformemente los frutos en qualquiera parte del año, se entenderá la reconduccion tácita en este último caso tan solo por el tiempo corrido, y en los demas por medio año, por dos ó por cinco respectivamente. Asimismo si de la casa ó fundo urbano no se perciben uniformemente los frutos en qualquiera parte del año; porque una vez en él en cierto dia ó tiempo se suele alquilar, y despues cómodamente no se encuentra inquilino; si este permanece en la casa con-

baste al socio su parte, nada tenga que pagar al compañero, pero que no siéndolo haya de satisfacerle (*n. 15. vers. Si unus.*).

Universidad Rey Juan Carlos

concluido el tiempo del alquiler se considera la reconduccion por todo el año, pues con respecto á lo dicho parece que una vez en el año se percibe la pension (*n.* 15. *ley* 20. *tít.* 8. *part.* 5.).

18 El tiempo que ha de permanecer en el fundo el conductor para que se induzca la reconduccion tácita, se dexa al arbitrio del Juez, por no hallarse prevenido en el derecho, y así es muy útil que el que no quiere continuar en la conduccion, declare al dueño su voluntad ántes de espirar el tiempo de ella (*núm.* 16.).

19 Para que la reconduccion se induzca por el tácito consentimiento es indispensable que en el primer contrato no hubiese intervenido escritura para su forma y substancia, porque si intervino con esta qualidad se colige de la intencion de las partes que no quisiéron contraher sin escritura en los siguientes contratos, y el otorgamiento de esta no es acto que se explica con la voluntad tácita de aquellas. De aquí se infiere que el enfiteusis finalizado por alguna causa no se induce tácitamente, pues en él de necesidad ha de intervenir escritura (*dic. n.* 16. *vers. Advertendum tamen*).

20 La reconduccion tácita se induce entre las partes con todos los vínculos y cláusulas acesorias puestas en el primer contrato, siempre que dependan de la mera voluntad de aquellas, como la hipoteca, pena, término de la solucion ú otra semejante, mas no si dependen de la voluntad de algun tercero como la fianza; pues mediante á que por el transcurso del tiempo contenido con el primer contrato quedó libre el fiador, no se proroga ni aun quando interviene reconduccion expresa entre las partes, y así en todo caso se requiere nueva voluntad del fiador para la prorogacion. Esto mismo se verifica quando se da fianza en el compromiso por cierto tiempo

po

Universidad Rey Juan Carlos

po y se proroga despues por las partes: quando el Juez dió fiador por el tiempo de su oficio y concluido este se lo proroga el superior, y en otros muchos casos semejantes (*núm.* 17.) (*a*).

21 El conductor no está obligado á pagar la pension si por algun caso fortuito hubo esterilidad y padeció un daño intolerable, que entónces se dice haberlo, quando en consideracion de los frutos percibidos por una parte y de la pension por otra queda perjudicado en mas de la mitad del justo precio: porque segun la intencion de las partes y naturaleza del contrato se da y paga la pension en recompensa de los frutos. Tambien tiene lugar la remision aunque los frutos se hayan cogido y separado del suelo, siempre que no se hubiesen conducido á la casa, como si el fuego consume las mieses puestas en el fundo ó era; pero no puede correr lo expuesto habiéndose percibido los frutos, no obstante que sean de poco valor segun acontece en el trigo mal granado: como ni tampoco quando los años antecedentes ó posteriores son tan fértiles, que compensándolos con el año ó años estériles no resulta perjudicado el conductor (*n.* 18. *ley* 22. *tít.* 8. *part.* 5. *y ley* 23. *tít.* 5. *part.* 5.).

22 Asimismo se aumenta la pension por la suma fertilidad, siempre que esta consista en la abundancia de los frutos proveniente del tiempo favorable que hizo, y no de la eficaz diligencia é industria del conductor, pues si consiste en el excesivo valor que el tiempo ha dado á los frutos, no tiene lugar el au-

(*a*) Si las cosas hipotecadas eran agenas y fuéron obligadas con el consentimiento del dueño, cesa la obligacion por el tiempo de la reconduccion; y lo mismo debe decirse si la cosa hipotecada era propia del conductor al tiempo de la conduccion, y se hallaba enagenada y en poder de un tercero en el tiempo de la reconduccion (*n.* 18. *al fin.*).

Universidad Rey Juan Carlos

aumento, así como no se disminuirá la pension por tener un precio muy baxo. En esta atencion se deberá aumentar la pension de un molino, si el ímpetu de las aguas destruye los demas que se hallan vecinos. (*dic. n. vers. Item quæro quid ley* 23. *tit.* 8. *part.* 5.).

23 Renunciando el conductor los casos fortuitos, por ellos y la esterilidad no se excusa de satisfacer la pension, y recibiendo alguno en sí el peligro de alguna cosa se entiende renunciarlos; bien que en la renunciacion de los casos fortuitos solo se comprehenden los que acaecen comunmente, y no los que rara vez se verifican, sino que se hace mencion especial de ellos (*n.* 19. *dicha ley* 23.) (I).

24 Las expensas necesarias y útiles que el conductor hizo en la cosa, puede repetirlas ó computarlas en la pension, siempre que duren perpetuamente; pues no basta que permanezcan en utilidad del conductor por solo el tiempo de la conduccion. Llámanse expensas necesarias y útiles las que consisten en la reedificacion de la casa ó alguna parte de ella, que amenaza ruina, ó en gastos sin los quales no se podria usar de la cosa locada y otras semejantes (*n.* 20. *ley* 24. *tit.* 8. *part.* 5.).

25 No restituyendo el conductor la cosa acabado el tiempo del arrendamiento, ó restituyéndola deteriorada por dolo, culpa lata, ó leve, se halla obligado al interes; mas no si lo dicho acontece por culpa levísima ó por acaso, mediante á no prestarse aquella ni esté en los contratos que se celebran por

(I) Casos fortuitos *insolitos ó raro contingentes* son aquellos que no se han oido ni visto en la region ó territorio del fundo locado por espacio de quarenta años, ni podia presumirse que acaeciesen naturalmente en aquel (D. Joseph Febrero *en su Libr. de Escrib. tom.* 2. *cap.* 6. §. 1. *n.* 15.).

Universidad Rey Juan Carlos

por favor de ambas partes. Por tanto, si alguno edifica en la cosa locada, ó amenazando ruina la casa del vecino no dió noticia al dueño para que se valiese de los remedios correspondientes, tiene obligacion á satisfacer el interes, y será compelido á ello por medio de la accion *locati* (*n.* 21. *ley* 7. *tit.* 8. *part.* 5.).

26 Pereciendo ó muriendo la cosa locada se presume que fue casualmente, y si el Señor dixese que aconteció por culpa del conductor lo ha de probar; sí bien es cierto que debe hacerse distincion entre los casos fortuitos que se verifican regularmente por culpa y negligencia del poseedor, como el hurto, incendio y otros á este modo; y entre los que acontecen por lo regular sin culpa de aquel, por exemplo, la muerte natural, el asolamiento executado por los enemigos y otros semejantes. En estos basta la prueba de ellos, mas en los primeros se ha de probar al mismo tiempo la exâcta custodia, y que no intervino culpa. Pero es de tener presente que en el hurto é incendio solo se presume culpa levísima; y así en los casos que alguno se halla obligado por esta como en el comodato, bien procede la dicha regla y doctrina, no en el contrato de locacion y en los demas que se constituye la obligacion únicamente por la culpa leve; pues entónces se libran el conductor y poseedor con sola la prueba del hurto ó del incendio (*n.* 22. *ley* 15. *tit.* 8. *Part.* 5.).

CAPITULO IV.

De la donacion.

1 El tercer contrato que se celebra con el consentimiento es hoy el de donacion, la qual se verifica *quando alguno sin causa, y solo por mera libera-*

li-

lidad da á otro dinero ú otra qualquiera cosa suya. Puede celebrarse de dos modos, ó con la tradicion de la cosa, sin preceder promesa, en cuyo caso se transfiere inmediatamente en el donatario el dominio y pleno derecho: ó con la promesa que uno hace de dar á otro cierta cosa, por la qual queda obligado (*n.* 1. *ley* 1. *tit.* 4. *part.* 5.).

2 La donacion, bien principie por la entrega, bien por la promesa, es válida aun á favor del ausente, sin embargo de que no intervenga nuncio ni carta, como si alguno á presencia del Escribano ó testigos prometiese dar alguna cosa al ausente; pues este atendida la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 1. *de la Recop.* segun la qual para quedar una persona obligada no se necesita mas que la voluntad de obligarse, despues que haya tenido noticia puede reconvenir al promitente (*n.* 2.): y por tanto la donacion no se puede revocar ni aun en perjuicio del tercero, á quien el donatario debe restituir la cosa donada conforme á la voluntad del donante pasado algun tiempo, ó verificada la muerte de aquel (*n.* 3. *vers. Hodie al fin.*) (*a*).

3 Quando alguno entrega á otro cierta cosa simplemente, en duda no se presume donacion sino deposito, mutuo ó comodato, á no ser que por algunas conjeturas se presuma que quiso donar, como si la cosa entregada es de poco valor, el traden-

(*a*) El P. Tomas Sanchez, D. Juan del Castillo, el Hermosilla y otros AA. llevan, que aun en el dia se requiere la aceptacion para que no pueda revocarse la donacion hecha al ausente; pero el Hermosilla añade que se pueden conciliar las dos contrarias opiniones, diciendo, que la de nuestro Gomez proceda quando además de la promesa consta por otro capítulo que el donante quiso obligarse inmediatamente, y la de los AA. mencionados quando no hay otra cosa mas que la nuda donacion hecha al ausente (*n.* 3.).

Universidad Rey Juan Carlos

dente rico, y el que recibe pobre ó conjunta persona: y quando uno pregunta á otro si quiere darle cierta cosa y este le responde: *no solo te daré la que me pides sino todas las demas que tengo*; no vale la promesa, ni aun en la cosa que se pidió, por no presumirse donada (*n.* 5. *vers. In dubio autem. Véase el n.* 5. *cap.* 9. *de este tom. y comp.*).

4 No se sabe en nuestro reyno qué cantidad ha de exceder la donacion para que no pueda subsistir sin insinuacion, porque la *ley* 8 *tit.* 4. *part.* 5. expresa que valga la donacion hasta 500 maravedís de oro, y no consta qué moneda sea esta, perteneciendo su declaracion al Príncipe. Esta insinuacion se exîge para que las donaciones excesivas se hagan con mayor deliberacion y propósito y se eviten los fraudes. Su forma y solemnidad consiste en que el donante comparezca ante el Juez manifestándole la voluntad que tiene de donar á esta ó la otra persona, y se haga Escritura ante Escribano sin necesitarse conocimiento de causa, licencia ó decreto del Juez ni otra solemnidad judicial, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria (*n.* 6.) (*a*) (I).

La

(*a*) Hermosilla en la *Ley* 9. *tit.* 4. *part.* 5. *gloss.* 14. refiere todas las opiniones que hay acerca del valor de los sueldos; y finalmente asevera que le parece mas conforme á derecho la sentencia de Parladorio que juzga hace el sueldo diez y seis reales, y que por tanto no será necesaria la insinuacion en la donacion que no exceda la cantidad de ocho mil reales; pero dice que en las consultas se ha de seguir como mas segura la opinion del Señor Covarrubias y Escobar, es á saber, que se ha de insinuar para evitar ocasiones de pleytos la donacion que exceda la cantidad de 242∂500 maravedís (*n.* 7. *vers. de valore*).

(I) Estos maravedís componen la cantidad de 7∂132 reales con 12. maravedís, mas el citado D. Joseph Febrero, segun varias cuentas que hace (*tom.* 1. *cap.* 3. §. 1. *n.* 11. *de su Libr. de Escrib.*), dice, que si cada maravedí de oro valia

Universidad Rey Juan Carlos

5 La renunciacion de la insinuacion por ser de ley prohibitiva es de ningun momento, y no basta expresar en el instrumento que si el valor de la donacion excede la cantidad de 500 sueldos, se hacen tantas donaciones distintas quantas veces excede; pues si en la donacion se mencionan muchas cosas, de suerte que sean verdaderamente muchas las donaciones, con respecto á la insinuacion se juzga una tan sola, por haberse hecho en un mismo tiempo; (*n.* 7.) bien que la donacion, aun siendo muy excesiva y no interviniendo insinuacion ni renunciacion de esta, es válida con juramento por no ser contra las buenas costumbres, ni contra la utilidad pública principalmente, ni en perjuicio de la conciencia y salud eterna (*n.* 8.).

6 Tambien se necesita la insinuacion quando se remite por causa de donacion alguna deuda pura y líquida que excede la cantidad mencionada, y no deuda incierta por transaccion hecha sobre cosa dudosa. Asimismo se necesita remitiéndose muchas deudas, que solamente unidas exceden la dicha cantidad, sin embargo de que se conceptuen muchas las donaciones, por lo que se expuso en el

lia lo que un Castellano, que fue moneda de oro de estos Reynos, los 500 maravedís de oro compondrán la suma de 25@600 reales de vellon: y que si se consideran sueldos de oro y cada sueldo del valor de 500 maravedis de vellon ascenderán á 250@000 maravedís que hacen 7@352 reales y 32 maravedis de la propia especie. Y aunque el Gomez, y otros muchos AA. tienen por una misma moneda el sueldo, y el maravedí de oro, parece que no debemos juzgarlo así por la suma autoridad de nuestro gran Diccionario Castellano, que en las palabras *sueldo* y *maravedí de oro* habla de ambas monedas como de diversas; bien que refiriendo nuestras leyes de Partida el derecho del Emperador Justiniano, llaman siempre á los sueldos maravedís de oro.

el n. anterior; pero si alguno dona y promete á otro cierta cantidad anual que no excede la legítima de los 500 sueldos, no es necesaria la insinuacion si se hizo por sola la vida del donante ó donatario, mas si fue hecha perpetuamente de modo que pasa á los herederos de uno ú otro, sucede lo contrario (*n.* 9.).

(7) Por derecho romano antiguo habia de insinuarse la donacion que excediese la cantidad de 300 sueldos, exceptuándose la hecha á favor de causa pia que no necesitaba la insinuacion, hasta que sobrepujase los 500 sueldos; pero como despues se previno lo mismo en quanto á todas, se duda si la donacion pia podrá valer sin insinuacion, aunque exceda los 500 sueldos. Nuestro Gomez lleva la negativa atendiendo á que no hay ley que lo disponga, y exceptua la donacion hecha para redencion de cautivos, la remuneratoria, y la que hace el Príncipe (*nn.* 6. y 10.).

8 Todo lo expuesto corre en los bienes presentes y no en los futuros por razon de algun derecho, y de consiguiente no es necesaria la insinuacion en la renuncia que qualquiera haga de alguna herencia ó legado que espera por virtud de substitucion, en la renuncia que haga el padre del usufructo que le pertenece en los bienes adventicios del hijo, y en la renuncia que haga la muger de la mitad de los bienes ganánciales (*dic. n.* 10. *vers. Item etiam.*).

9 En tres casos se puede revocar la donacion una vez perfecta. El primero; si hallándose alguno sin hijos dona todos sus bienes, ó la mayor parte, y despues los tiene; pues entónces la donacion se revoca al punto *ipso jure* aunque hubiese intervenido juramento, mediante á presumirse que se hizo con la condicion tácita *si no nazcan hijos*; porque se conceptua que ninguno quiere preferir los extraños á su posteridad: y si el donatario es extraño se re-

vo-

Universidad Rey Juan Carlos

voca en un todo, á no ser que el donante hubiese expresado que no se revocase por el nacimiento de los hijos, en cuyo caso se revoca solamente hasta la legítima de estos por constar de su voluntad. Asimismo se revoca la donacion tan solo hasta la legítima naciendo algun hijo, y siéndolo el donatario, en quien permanecerán conforme á nuestras leyes Reales su legítima y tercio y quinto de los bienes: como tambien siendo Iglesia, Monasterio, ú otro lugar pio, padre, ó ascendiente, los quales podrán retener el quinto (*n.* 11. *ley* 8. *tit.* 4. *part.* 5.); pero si en vida del padre faltan los hijos por cuyo motivo se revocó la donacion, convalece esta á exemplo de otros actos en los quales se advierte la misma convalecencia, por faltar la causa que los invalidó: entendiéndose esto siempre que aquel sobreviva tanto tiempo á estos, que en él pudo verosímilmente revocar la donacion y no lo hizo, pues de otra forma se considera revocada (*n.* 12.).

10 El segundo caso es, quando el que tiene hijos la hace en perjuicio de la legítima de estos, revocándose tan solo la donacion hasta la legítima, si es inoficiosa únicamente en la realidad, y distinguiéndose si es inoficiosa en la realidad y por fraude; pues si se hizo á algun hijo ó descendiente, tambien se revoca hasta la legítima, y si á extraño se revoca en un todo (*n.* 13. *dic. ley* 8. *tit.* 4. *part.* 5.).

11 El tercer caso en que la donacion válida puede revocarse se verifica quando el donatario es ingrato para con el donante, de tal suerte que aunque este hubiese prometido expresamente no revocarla por causa de ingratitud, hay lugar á la revocacion, por ser nula la promesa como que induce á delinquir. Las causas de ingratitud son cinco, es á saber, si el donatario pusiese violentamente sus manos en el donante: si le infiriese con palabras al-

Universidad Rey Juan Carlos

alguna atroz injuria: si con dolo y propósito le perjudicase gravemente en sus bienes: si practicó algunas diligencias para quitarle la vida; y si no cumple el modo, ó condicion puesta en la donacion; pero sin embargo será suficiente para la revocacion qualquiera otra causa de ingratitud siempre que sea en un todo semejante: advirtiéndose que muerto el donante su heredero no puede revocar la donacion por ingratitud, así como muerto el donatario no puede del heredero de este revocarla el donante, porque la accion que compete en este caso como proveniente de delito, no pasa á los herederos, ni activa ni pasivamente: todo lo qual se entiende quando el donante tuvo noticia de la ingratitud y tiempo para revocar la donacion, pues de lo contrario la dicha accion pasa á los herederos tanto activa como pasivamente (*n.* 14. *ley penult. tit.*4. *part.*5.).

12 Es inválida la donacion de todos los bienes, la que media entre padre é hijo, y la que interviene entre marido y muger (*dic. n. vers. Finaliter.*); mas todo lo antedicho tiene lugar en la donacion pura ó *inter vivos* no en la donacion *causa mortis*, que es la que se hace por ocasion de la muerte futura ó por miedo de algun peligro que amenaza, en cuyos casos su efecto se confiere para el tiempo de la muerte del donante y despues de ella nace accion eficaz; requiriéndose siempre que se haga mencion de la muerte ó peligro, porque de otro modo no seria donacion *causa mortis* sino simple y pura, bien se hiciese por el sano, bien por el enfermo ó constituido en algun riesgo (*n.* 15.) (*a*).

La

(*a*) Si de los hechos consta que se quiso donar *causa mortis*, será la donacion de esta especie, aunque en ella no se hiciese mencion de la muerte, y por el contrario sin embargo de que se haga mencion de la muerte se entenderá donacion entre vivos en muchos casos (*n.* 16. *vers. Donationem*, y *vers. Sicut.*).

Universidad Rey Juan Carlos

13 La donacion *causa mortis*, se equipara al contrato respecto de su forma y solemnidad, y por tanto si la cosa donada se entrega al donatario, adquiere revocablemente el dominio, sin embargo que por la tradicion sin título hábil no se transfiere; pues aquí lo hay en esperanza por razon del contrato condicional, el qual es suficiente. Asimismo para la firmeza de esta donacion no se necesita la adicion de la herencia despues de la muerte del donante, por quanto con esta habiéndose ántes entregado la cosa se confirma el dominio como purificada la condicion tácita del contrato, y si solo intervino la promesa se dará curador á la herencia yacente, y á este pedirá el donatario la cosa prometida, segun se observa en la donacion entre padre é hijo, marido y muger, que no es válida al principio, y se confirma despues con la muerte del donante. Del mismo modo como la muger casada no puede contraher ni quasi contraher sin licencia del marido, tampoco puede por sí sola donar *causa mortis*, y aunque el heredero ó legatario pueda repudiar la herencia ó legado, no puede el donatario repudiar la dicha donacion habiendo consentido en ella ni hacer perjuicio al tercero, en cuyo favor se le impuso el gravámen de restituir la cosa donada. Ultimamente por la donacion *causa mortis* no compete accion hypotecaria ni *ex testamento* como en los legados (*n.* 16.).

14 Pero respecto de la confirmacion y efecto se equipara la donacion *causa mortis* á la última voluntad (*dic. n. al princ.*), y en esta atencion el dominio de la cosa donada pasa sin entrega al donatario, inmediatamente que se verifica la muerte del donante: tienen en ella lugar la quarta falcidia, el derecho de acrecer siempre que haya conjuncion (*n.* 17.), y la caucion muciana donándose baxo condicion negativa se puede substituir vulgarmente y por fidei-

Universidad Rey Juan Carlos

comiso, y se entiende en este caso tácita la condicion *si fallece sin hijos* como en la última voluntad: se desprecia la condicion imposible, se inspecciona la capacidad ó incapacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante: puede intervenir entre marido y muger confirmándose con la muerte, aunque en vida no se hubiese hecho la entrega: se juzga revocada con la enagenacion voluntaria de la cosa donada, como acontece en la cosa que se lega (*n.* 18. *vers. Quintò infero, y sigg.*); y finalmente no se requiere en ella insinuacion, sin embargo de que exceda la cantidad de los 500 sueldos, segun todo lo dicho se verifica en qualquiera última voluntad (*dic. n.* 17. *vers Quartò.*); si bien es cierto que en la donacion pura y simple que al principio no vale, y se confirma despues de la muerte, como la que se hace entre padre é hijo, marido y muger, es indispensable la insinuacion, y de otra suerte será inválida en la parte excesiva, mediante á ser pura, y no conferirse su efecto para el tiempo de la muerte, segun sucede en la donacion, *mortis causa.* (*dic. n.* 18. *al princ.*).

15 Todo lo dicho se ha de entender con respecto á la donacion *mortis causa*, que se hace al presente, ó en favor del ausente interviniendo nuncio ó carta; mas no con respecto á la que sin intervencion de estos se hace al ausente; pues esta se tiene por mero legado, y se compara á él por todos conceptos: y lo mismo acontece en la donacion simple y hecha entre vivos á favor del ausente con la solemnidad que se exîge en la última voluntad (*dic. n.* 18. *vers. Prædicta tamen.*).

16 La donacion *mortis causa* se puede revocar por la expresa voluntad del donante, atento á que no es válida ni perfecta hasta despues de su muerte: y se revoca tácitamente si fallece primero el donata-

rio

Universidad Rey Juan Carlos

rio que el donante, como tambien quando este hizo la donacion, hallándose enfermo ó constituido en algun riesgo, y despues convalece ó queda libre del peligro; bien es verdad, que si la donacion se hace por el que está sano y fuera de riesgo, no se juzga revocada aunque enferme despues ó se halle amenazado de algun peligro, y quede en fin libre de uno ú otro; mas es de advertir, que para que la donacion sea *mortis causa*, es menester que se haga mencion de la muerte con palabras dispositivas que denoten la substancia del acto, como si alguno diga: *te doy tal cosa por temor de la muerte*, *ó despues de esta*, *ó quando muera*; pues si se hace mencion de ella con palabras executivas que denoten la dilacion y término de la paga; v. gr. *te dono tanta cantidad que se te ha de satisfacer despues de mi muerte*, ó *te doy tal fundo quedándome con el usufructo por el tiempo de mi vida*; se conceptua verdadera y propia donacion entre vivos (*n.* 19. *ley fin. tit.* 4. *part.* 5.).

17 Revocada la donacion expresa ó tácitamente vuelve *ipso jure* el dominio al donante, quien puede intentar la accion reivindicatoria y *condicion ob causam vel sine causa* (*n.* 20) y pedir los frutos tanto percibidos desde el tiempo de la donacion como pendientes. No se opone á esto último el que quando alguno percibe los frutos con voluntad del señor, aunque sea por contrato revocable, como lo es el comodato y precario, no tiene obligacion de restituirlos siguiéndose la revocacion: porque en estos el contrato es válido inmediatamente y no se suspende su confirmacion hasta la muerte, como sucede en la donacion dicha, por lo qual revocándose antes se pueden repetir los frutos. Por este fundamento si la donacion pura y perfecta se revoca por el nacimiento de los hijos ó por ingratitud no se deben los frutos percibidos anteriormente: y si el

Universidad Rey Juan Carlos

contrato se rescinde en virtud de la *ley 2. C. de rescind. vendit.* no pueden pedirse los frutos percibidos en el medio tiempo (*n.* 21.).

18 Si en la donacion *mortis causa* se dice expresamente que no pueda revocarse, será donacion entre vivos y tendrán lugar en ella todos sus efectos; pues en este caso la mencion de la muerte no parece final sino impulsiva y para diferir la paga. Lo mismo sucede quando se hace instrumento de la donacion *mortis causa*, y en las principales palabras dispositivas en las quales consiste la substancia del contrato, pone el donante las expresiones genéricas *de que promete guardar, y no revocar en tiempo alguno la donacion, ni alguna de las demas cosas contenidas en el instrumento*; pero si las palabras referidas se ponen acesoriamente al fin, segun suelen practicar los Escribanos, por ellas no pierde la donacion *mortis causa* su virtud y efecto, porque la cláusula acesoria puesta al fin mira solamente la execucion, y no se juzga que muda la disposicion principal; bien que la regla, segun la qual la donacion *causa mortis* se convierte en donacion pura por las expresiones mencionadas, se ha de seguir quando sea tal que pueda valer como donacion entre vivos, mas no de lo contrario, segun se verifica donando alguno á otro todos sus bienes presentes y futuros con el pacto de no revocar; pues en este acontecimiento conforme á la mente de los contrayentes valdrá como donacion *mortis causa*, para que el acto mas bien sea válido que nulo, entendiéndose las palabras confirmatorias con arreglo á la propia naturaleza de la donacion *causa mortis* (*n.* 22.).

19 La donacion que hace el marido á la muger ó por el contrario es nula *ipso jure*, porque con el cariño recíproco no se despojen de sus bienes; aunque si el marido anciano ó plebeyo hace donacion

Universidad Rey Juan Carlos

cion á su muger jóven, rica ó noble, ó confiesa haber recibido la dote que no recibió, será válida por ser mas bien remuneracion que donacion. Mas sin embargo de que la donacion referida es nula, se confirma con la muerte del donante, y no del donatario por la voluntad tácita, en atencion á que cesa ya la razon impeditiva y á que un consorte puede muy bien instituir y legar al otro; pero para esto es forzoso que hubiese intervenido tradicion, porque si esta no se hizo, como que la donacion y su título fuéron nulos, no hay cosa que pueda confirmarse; y sin embargo de lo dicho es verdaderamente donacion y especie de contrato, por lo qual no se retrotrae el tiempo de la muerte en que se confirma, al tiempo en que se hizo en quanto al dominio de la cosa, sino solamente en quanto á los frutos (*n.* 23. *leyes* 4. *y* 5. *tit.* 11. *part.* 4.).

20 Para que la donacion hecha por un cónyuge á otro sea inválida, es indispensable, que por ella se disminuya el patrimonio del donante, pues no verificándose así, aunque se siga grande utilidad al donatario, será subsistente (*dic. n. vers. Item adde*). Por este concepto puede muy bien el marido renunciar alguna herencia ó legado para que lo consiga su muger, que es heredera *abintestato* ó substituta: puede el padre remitir al hijo el usufructo de los bienes adventicios y repudiar herencias ó legados en perjuicio de su legítima: puede el deudor hacer las dichas renuncias en fraude de sus acreedores; y últimamente no se revocan estas por el nacimiento de los hijos, porque en todos los casos mencionados no padece detrimento el caudal sino solamente se dexa de adquirir (*n.* 24.).

21 Asimismo el marido puede durante el matrimonio renunciar los bienes gananciales que se hayan de adquirir, y aunque la *ley* 3. *tit.* 12. *lib.* 3. *del*

Universidad Rey Juan Carlos

del Fuero de las Leyes dispone que valga la donacion entre marido y muger habiendo corrido un año desde el dia que se celebró el matrimonio, solamente se ha de observar en los pueblos que haya esta costumbre (*dic. n. vers. Dubium tamen.*) (I).

22 Tambien es inválida la donacion que hace el padre al hijo constituido en su potestad, y necesita de confirmarse con la muerte de aquel, en cuyo acontecimiento cesa la patria potestad; porque si valiese; por causa de esta adquiriria segunda vez el padre la cosa donada, y pareceria que se donaba á sí mismo; y por tanto puede muy bien donar al hijo emancipado, al natural *tantùm* y al casado, así como la madre puede donar á todos su hijos indistintamente, y el hijo al padre y á la madre (*n.* 25. *dic. leyes* 4. *y* 5. *tit.* 11. *part.* 4. *y ley* 4. *tit.* 15. *part.* 6.) (*a*).

CAPITULO V.

De la Sociedad.

1 El quarto contrato que se celebra con el consentimiento es la sociedad. Esta puede celebrarse por la vida de los contrayentes, hasta cierto ó desde cierto tiempo, ó baxo de condicion mas no pa-

(I) El fundamento que tuvo la citada ley para la expresada disposicion, fué el contemplar, que pasado un año de matrimonio no es el amor de los cónyuges tan intenso que por él quieran despojarse recíprocamente. *Véase al* Gomez *en el Coment. á las leyes* 50. *y sigg. de* Toro *n.* 66. *vers. Hodie tamen.*

(*a*) El Hermosilla (*en la ley* 3. *tit.*4. *part.* 5. *glosa* 1. *n.* 38.), enseña con otros AA. que por derecho Real es válida la donacion que hace el padre al hijo que se halla en su potestad (*n.* 27. *al fin.*).

Universidad Rey Juan Carlos

para siempre, ó sin límite de tiempo, porque con esta sociedad se induciria cierta especie de servidumbre, en atencion á que las partes no podrian usar libremente de su persona y bienes (*n.* 1. *todo el tit.* 10. *part.* 5.).

2 Quando la compañía se contrae simplemente sobre todos los bienes, se extiende á los futuros, pues como sea recíproca, y el lucro y daño que de ella resulten, se comuniquen entre las partes, no se juzga que se les sigue perjuicio por esta extension (*n.* 3.).

3 En este contrato se advierte la particularidad de que por solo el título se transfiere á los compañeros el dominio y posesion de todos los bienes así adquiridos como por adquirir, mediante á que qualquiera socio parece tener sus bienes en su nombre y en el de su compañero como por la cláusula de constituto (*dic. n. vers. Item quæro*, *ley* 47. *tit.* 28. *part.* 3.).

4 La sociedad contraida simplemente se extiende tan solo á los bienes muebles é inmuebles, acciones y derechos adquiridos por título oneroso, y no por título lucrativo, pues para que estos vengan en la compañía es necesario que se exprese; y así no se comunican los que se adquieren por donacion, ó por qualquiera última voluntad, porque segun la naturaleza de la compañía se conceptua pactado tácitamente, que solo se divida entre los socios lo que provenga de su industria y diligencia. Esto se entiende aun quando la compañía fuese causa de la donacion, como si por los negocios de ella uno de los compañeros hablase al Príncipe y entónces le donase algunos bienes: no siendo de omitir, que si los socios se convienen en que se divida la legítima y justa herencia, únicamente se dividirá entre ellos la que provenga *ab intestato* (*n.* 4. *ley* 9. *tit.* 10. *part.* 5.).

Sien-

Universidad Rey Juan Carlos

5 Siendo igual el patrimonio, capital ó suerte, no vale el pacto de que á uno pertenezca mayor porcion de lucro ó daño que á otro, y debe hacerse la division igualmente; pero si es válido siendo desigual la suerte, aunque en este caso conforme á la naturaleza de la sociedad siempre se haria la division con respecto á la parte de cada uno de los socios. Tampoco con mayor razon es subsistente el pacto de que un compañero tenga parte en el lucro, y al otro pertenezca todo el daño; bien que los dichos pactos inválidos como contrarios á la naturaleza del contrato no lo vician ni anulan, y es de advertir que quando un compañero pone capital y otro su industria y trabajo personal, vale el pacto de que el lucro y daño se dividan igualmente, y aun no es necesario que se exprese para que así se haga, porque el trabajo del uno se compensa con el patrimonio del otro, y muchas veces es de mayor aprecio (*n.* 5. *leyes* 3. 4. *y* 5. *tit.* 10. *part.* 5.) (*a*).

6 De esta doctrina se infiere, que si alguno presta ó da á otro dinero para que con él negocie baxo la condicion de quedar salvo, y percibir cierta porcion de lucro si lo hay, es nula y reprobada la condicion, por no haber igualdad, y cometerse usura. Tambien se infiere, que si se da ó presta dinero sin pacto alguno, y el que lo recibe paga al acreedor en cada año cierta porcion de dinero por lucro sin cuenta ni computacion de alguna negociacion lícita hecha entre ellos, el tal acreedor reci-

(*a*) Quando un compañero pone dinero, y otro su industria, se puede pactar que pertenezca á aquel solamente el daño del dinero, aunque este perciba parte del lucro, por perder tambien sus obras: y asimismo valdrá el pacto de que á un socio toque todo el peligro del dinero, siempre que se le adjudique mayor parte de ganancias en compensacion del peligro (*n.* 6. *vers. Non annullari.*).

Universidad Rey Juan Carlos

cibe injustamente, se juzga usurero y queda obligado á la restitucion en ambos fueros á causa de cometerse usura mental: todo lo qual se comprueba de que no es verosímil que el acreedor dexe por mucho tiempo su dinero en el que lo recibe sin la esperanza de algun premio, y de que no parece que el deudor entrega este espontáneamente y por mera liberalidad, sino por el miedo de que aquel le pida el dinero, mayormente si la qualidad de las personas coadyuba estas presunciones; sí bien es cierto que dando el deudor al tiempo de hacer la paga ó despues de algun intervalo algo mas en dinero ú otra cosa al acreedor sin pacto expreso ó tácito de darlo y solamente por remuneracion, puede recibirlo justamente el acreedor como donacion gratuita que se hace sin obligacion alguna (*dic. n. vers. Tertiò infertur y sig.*).

7 La compañía se acaba primeramente por la expresa voluntad de las partes ó del procurador general ó especial, aunque se hubiese pactado entre aquella que no habia de finalizarse, porque este pacto como opuesto á la naturaleza del contrato no subsiste; pero es muy oportuno que la disolucion de la sociedad se intime á todos aquellos que por razon de ella pueden contraher con alguno de los compañeros, para que los demas no se obliguen involuntariamente, dándose pregones y poniéndose edictos en los lugares públicos con palabras claras por el tiempo necesario en el caso que los contrayentes sean inciertos; segun se debe observar tambien quando alguna persona quiere revocar por sospechoso ó por otro motivo el factor que tenia para alguna negociacion, ó el procurador general para contraher ó cobrar de sus deudores, pues si es particular para tratar con cierta persona, basta que á esta se denuncie la revocacion: advirtiéndose que si despues del man-

Universidad Rey Juan Carlos

mandato general ó especial se hace el procurador sospechoso ó se huye, se contempla revocado el mandato y no se requiere la intimacion (*núm.* 6. *ley* 11. *tít.* 10. *part.* 5.).

8 En segundo lugar se disuelve la compañía con la muerte de alguno de los socios, porque el contrato de sociedad, su virtud y efecto no pasan á los herederos aun en el caso de que se hubiese expresado, para que ninguno á conseqüencia de la sucesion sea socio contra su voluntad, y sin embargo de que los compañeros sean muchos y uno de ellos muera, se acaba en quanto á todos; mas el lucro y daño de la sociedad pasada y sus obligaciones y acciones muy bien se transfieren á los herederos (*dic. n. vers. Secundó finitur*, *ley* 10. *tít.* 10. *part.* 5.).

9 En tercer lugar se finaliza con el transcurso del tiempo porque fué contrahida, en cuyo acontecimiento un socio no se obliga por los contratos en que otro intervino, no obstante que no precediese intimacion hecha á los contrayentes, porque esta se exîge solamente habiéndose contrahido simplemente la sociedad ó hasta tiempo cierto, como dentro de él se disolviese por voluntad de las partes. Lo mismo sucede quando habiéndose celebrado la sociedad con ciertos modos y condiciones, alguno de los compañeros contraxo sin observarlas, debiendo imputarse á los contrayentes el que no inspeccionasen la forma y tenor de la compañía. Y finalmente lo propio sucede á favor del Señor en el institor ó procurador constituido hasta cierto tiempo, ó baxo algun modo ó condicion (*dic. n. vers. Tertio modo.*).

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO VI.

Del contrato de mutuo.

1 Diximos al principio del *capítulo segundo* que hay contratos que se celebran con la cosa, y estos son *aquellos que no requieren para su perfeccion ni la solemnidad de palabras, ni el consentimiento formal determinado, sino principalmente la tradicion de la cosa*, como el mutuo, comodato, depósito y otros semejantes: porque la misma cosa designa en qué y en quanto se contraiga la obligacion, de suerte que si el que recibe promete restituir algo además de la cosa, se juzga usura y no queda obligado. El primer contrato real que se nos ofrece es el mutuo, el qual se celebra, *quando alguno entrega á otro dinero, trigo, vino ú otra qualquiera cosa que consista en peso, número ó medida y reciba equivalente en su género, para que al punto se haga del que recibe, y despues restituya otro tanto del mismo género, de la misma bondad y qualidad*; pues como estas cosas sean inútiles si no se consumen, y tengan entera semejanza con otras del mismo género, necesariamente ha de transferirse el dominio, y entregando otras del mismo género parece que se entrega la misma cosa que se recibió; lo qual no acontece en las cosas consistentes en especie, v. gr. el caballo ó libro, mediante á que apénas podrá encontrarse una en un todo semejante á otra, y así no pasa el dominio en el que recibe sino la simple facultad de usar de la cosa que se ha de restituir en especie en el tiempo estipulado, ni puede consistir en ellas el mutuo sino el depósito ú otro semejante contrato: pudiéndose inferir de lo expuesto que si despues del contrato de mutuo crece ó se disminuye el precio de la cosa sin

Universidad Rey Juan Carlos

preceder culpa ni mora del deudor, el daño ó cómodo pertenece al acreedor, porque pagando aquel otro tanto en su género queda libre y no se atiende aquella qualidad extrinseca de la cosa (*n.* 1. *tit.* 1, 2 *y* 3. *part.* 5.) (*) (*a*).

2 Asimismo se infiere que si el deudor restituye el mismo dinero ó cosa que recibió por no necesitarla despues ó por alguna otra causa, vale la solucion y queda libre, sin que obste que volviéndose la misma cosa es comodato ó depósito, porque esto debe entenderse quando así se executa por convencion de las partes (*dic. n. vers. Item infertur.*).

3 Si el hijo de familias recibe algun mutuo, queda obligado civil y naturalmente; pero á causa de ser este contrato mas freqüente que otros, se excusa de pagar oponiendo (segun puede con buena conciencia) la excepcion del Senado-consulto Macedoniano, de la qual gozan tambien sus herederos y fiadores, y tiene lugar así en vida del padre como despues, y aun pronunciada la sentencia definitiva, sin embargo de que la haya renunciado, porque no se induxo principalmente en favor suyo sino en beneficio del padre; bien que si interviene juramento es probable que el hijo no quede obligado en vida del

(*) En el mutuo puede restituirse aun lo que no sea de tan buena calidad como lo que se recibió, siempre que se pactase, y no dexa de ser mutuo (*letra B.*).

(*a*) Sin embargo de que el mutuo se celebra espontáneamente, hay casos en que nos hallamos obligados á prestar; como quando lo hemos prometido: lo exîge la necesidad pública, en cuyo caso los ricos pueden ser compelidos: pide el Rey en empréstito á los acaudalados, sean nobles, exêntos, Clérigos ú otras personas eclesiásticas, procediendo los Jueces seculares contra sus bienes si hay peligro en la tardanza: ó quando pide prestado alguno constituido en una extrema necesidad (*n.* 2. *vers. Quamvis autem.*).

Universidad Rey Juan Carlos

del padre y sí despues como que cesa la razon (*n.* 2. *leyes* 4 *y* 5. *tít.* 1. *part.* 5.) (*a*).

4 Lo expuesto no puede correr en el hijo de familia que tiene bienes castrenses ó quasi castrenses, pues queda obligado eficazmente; y se limita en otros muchos casos. El primero, quando el mutuo consiste en otras cosas fuera de la pecunia numerata, á no ser que se den baxo la condicion de que se vendan para que el dinero de ellas se convierta en mutuo. El segundo, si el hijo de familias se reputaba públicamente padre de familias, de suerte que con justo fundamento fué engañado el acreedor. El tercero, si al tiempo del contrato dixo el hijo que era padre de familias, y tuvo el acreedor justa causa para creerlo. El quarto, si el hijo de familias fuese deudor por otro justo título, v. gr. por el de venta, y el dinero debido se convirtió en mutuo. El quinto, si sea fiador de otro por causa de mutuo, no habiendo fraude por haber recibido el dinero. El sexto, si recibió el mutuo con el mandato ó consentimiento del padre, ó si este aprobó el contrato despues, aunque sea tácitamente pagando parte de la deuda, ó si el mismo hijo lo aprueba expresa ó tácitamente verificada la muerte del padre: de lo qual se deduce que si pudiendo el deudor valerse de alguna excepcion paga parte de la deuda, se conceptua que la aprueba en un todo de nuevo y no puede despues oponerla. El séptimo, si se convirtió el dinero en utilidad del padre, ó en utilidad del hijo á la qual se hallaba este obligado. El octavo, si el hijo recibió el dinero por causa de sus estudios, pues el padre queda obligado, mediante á que habiéndolo destinado

á

(*a*) Por lo dispuesto en la *ley* 22. *tít.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* tienen el Acevedo y otros AA. que del mutuo hecho á un hijo de familias no nace ni civil ni natural obligacion (*n.* 3. *vers. Hodie tamen.*).

Universidad Rey Juan Carlos

á ellos, parece que el contrato se hizo con su consentimiento: sucediendo lo propio si el padre lo puso en alguna negociacion y recibió en mutuo por causa de ella (como en duda se presume) sin exceder lo verosímil, de modo que aunque el padre quiera probar que no se invirtió en la dicha causa, no se excusa. El nono, si habiendo el hijo recibido dinero por quasi mandato del padre y significádoselo despues á este por escrito, no protestó lo contrario. Y el décimo, si acostumbraba recibir dinero en mutuo y el padre solia pagarlo; por quanto de esta costumbre se presume su consentimiento (*dic. núm. vers. Nunc veró limita*, *leyes* 4, 5 *y* 6. *tít.* 1. *part.* 5.).

5 Confesando alguno con esperanza de la futura numeracion en instrumento público ó privado, ó delante de testigos haber recibido algun dinero, aunque se obliga civilmente, no naturalmente por no intervenir la cosa ni el consentimiento, y le compete la excepcion de la *non numeratá pecunia* dentro de un bienio, bien intente repetir el instrumento, bien sea reconvenido por el acreedor, no obstante la regla de que lo temporal para pedir es perpetuo para defenderse: porque no tiene lugar quando tambien se puede proponer el derecho principalmente demandando, mediante á que se ha de imputar la culpa al que lo tiene y no lo deduce en juicio; como sucede en nuestro caso (*dic. n. vers. Prædicta*, *ley* 9. *tít.* 1. *part. Véase al Gomez en el n.* 8. *cap.* 14.).

6 La dicha excepcion puede oponerse aun haciéndose la confesion con juramento, sin embargo de que por este se da fuerza al contrato nulo, pues esto acontece mediando consentimiento, el qual no interviene en dicha confesion; pero esto ha de entenderse quando se jura pagar, no quando se jura haber recibido el dinero (*dic. n. vers. Quod extende y vers. Et attende.*).

7 Aun

Universidad Rey Juan Carlos

7 Aun quando el deudor confesase haber recibido dinero en mutuo y prometiese pagarlo en instrumento público guarentigio, puede oponer la excepcion de la *non numerata pecunia*, con la qual se impide la execucion si el acreedor no prueba la entrega. No obsta la *ley* 1. *tít.* 21. *lib.* 5. *de la Recop.* que dispone no pueda objetarse contra el dicho instrumento alguna excepcion fuera de las contenidas en ella, entre las quales no se numera la mencionada, porque dice juntamente que deben proponerse y probarse dentro de los diez dias, quando el acreedor por la naturaleza del contrato tiene fundada su intencion, y de consiguiente teniendo en nuestro caso el deudor su intencion fundada y perteneciendo hacer la prueba al acreedor, no se puede conceptuar excluida (*núm.* 3.).

8 Tambien compete la excepcion de la *non numerata pecunia* en el caso de que la confesion dimane de causa pretérita, como si dixese el deudor: *confieso que recibí en mutuo ciento, que se me entregáron dos años ha*; pues con la misma facilidad y esperanza de la futura entrega que en los casos referidos se confiesa haber recibido por causa anterior (*núm.* 4.).

9 Pero no tiene lugar en las últimas voluntades, y por tanto si en el testamento ó codicilos confiesa alguno haber recibido cierta cantidad por causa de mutuo y manda pagarla, deberán los herederos hacerlo precisamente, por no poderse decir que la confesion fué hecha con la esperanza de recibir el dinero, mediante á que la última voluntad tiene efecto despues de la muerte: siendo de advertir que en la confesion de la deuda por otras causas tiene lugar solamente dentro de treinta dias la excepcion de la *non numerata pecunia* (*núm.* 5.).

10 La obligacion civil que nace de la confesion aun pasado el bienio subsiste sin la natural, mas sin em-

embargo tiene la virtud de ambas y es eficaz para pedir; así como la que proviene de sentencia definitiva injusta pronunciada contra la justicia de la parte á causa de no haber precedido contrato ni consentimiento de esta, pues se puede executar ó intentar la via ordinaria con la accion que de ella nace (*núm.* 6.); bien es verdad que si el deudor pasados los dos años prueba que no se le dió el dinero en mutuo se excusa de pagarlo, en atencion á que el transcurso del bienio no induce presuncion *juris & de jure* contra la qual no se admite prueba en contrario, sino *juris tantum*; aunque hoy parece se halla dispuesto en la *ley* 9. *tit.* 1. *part.* 5. que no pueda oponerse esta excepcion, segun interpreta Greg. Lop. en el vers. *Bien ansí como* (*núm.* 7.) (*a*) (*I*).

11 La prueba que haga el deudor, ha de ser de testigos ú otra, sin obligar al acreedor á que jure ó responda á las posiciones, infiriéndose de esto que así como no puede ser obligado á jurar el que probó plenamente su intencion, así tampoco el que probó presuntivamente; si bien la *ley* 184. *del Estilo* determina lo contrario (*dic. n. vers. Unum tamen.*).

12 La doctrina expuesta corre en la confesion para obligarse, no en la que se hace por causa de liberacion, pues si el acreedor por qualquiera contrato confiesa que se le hizo la paga, puede dentro de treinta dias oponer la excepcion de la *non numerata pecunia*, y en este caso el deudor debe probar la

(*a*) El Hermosilla con otros muchos AA. sigue la opinion de nuestro Gomez en la citada *ley* 9. *glosa* 5. *desde el n.* 2. y en el *n.* 8. explica esta ley que parece disponer lo contrario (*n.* 8.).

(*I*) La presuncion *juris & de jure* admite tambien prueba en contrario, aunque no en tantos casos como la presuncion *juris tantum*. Llámase aquella *juris* por hallarse expresa en el derecho, *y de jure* por determinar el derecho que se tenga por cosa cierta, en cuya atencion hace plena prueba.

Universidad Rey Juan Carlos

la paga y de otra suerte no queda libre (*dic. n. vers. Advertendum.*).

CAPITULO VII.

Del comodato y del depósito.

1 Comodato es: *quando alguno entrega á otro gratuitamente cierta cosa mueble ó inmueble, para que use de ella por cierto y determinado tiempo tácita ó expresamente.* Por este contrato no se transfiere el dominio, ni la posesion, ni otro derecho real en el comodatario, quien por ser solo el que recibe utilidad, debe prestar hasta la culpa levísima aunque no los casos fortuitos (*n.* 1. *ley* 1. *al fin tít.* 1. *part.* 5. *y todo el tít.* 2. *de la misma part.* (*a*).

2 Si la cosa que se entrega por este contrato se da estimada, pereciendo por caso fortuito se halla obligado el comodatario á la satisfaccion del precio por la convencion tácita que media entre las partes, atento á que de otra suerte poco ó nada obraria la estimacion: en cuyo supuesto la estimacion de la cosa puesta entre las partes obra que el deudor se halle obligado por los casos fortuitos en los contratos que se extiende la obligacion á la culpa levísima, y por esta en aquellos que debe satisfacer por la culpa leve solamente (*dic. n. vers. Unum tamen.*) (*b*).

3 Con-

(*a*) Se halla obligado el comodatario por el caso fortuito, si así se pacta, si destina la cosa á uso diferente de aquel para que le fué concedida, ó es moroso en restituir, aconteciendo que la cosa perezca por alguna de las dichas causas; pero estos casos no proceden si del mismo modo hubiera perecido la cosa en poder del señor, pues entónces solo queda obligado á la estimacion del uso que no le fué concedido ó del lucro cesante (*n.* 2. *vers. Quod commodatarius.*).

(*b*) Varios AA. sostienen que la estimacion de la cosa obra tan

Universidad Rey Juan Carlos

3 Convienen el comodato y el precario en que por ambos se lucran los frutos de la cosa, y se diferencian en que por este último no se concede la cosa para cierto uso ni determinado tiempo: se adquiere la posesion natural con permanencia de la civil en el dante, á no ser que se tratase otra cosa; y puede revocarse á arbitrio del dueño aunque interviniese el pacto de no revocar, por ser contra la naturaleza del contrato: todo lo qual se verifica por el contrario en el primero (*dic. n. vers. Et ex prædictis.*).

4 Depósito es: *quando se entrega á otro alguna cosa no para su uso sino para su custodia*, en cuyo caso el que recibe se halla obligado á restituir por la accion *depositi* que es de buena fe y muy privilegiada; pues inmediatamente que se intenta debe volverse el depósito, aunque se haya hecho por el ladron, siervo, hijo ó persona semejante, sin que tenga lugar la compensacion: y si el depositario se excusa á restituir, siguiéndose la condenacion se hace infame, y está obligado á la entrega de la cosa ó su estimacion con todo el interes, siempre que el depósito fuese voluntario, porque en el necesario que es el que se hace por inminente necesidad como de ruina ó incendio, si está negativo debe ser condenado en el duplo (*n. 2. ley 1 y 8. del tít. 3. con todo él part. 5.*) (*a*).

5 El

tan solo que se preste sin controvertir acerca de ella en juicio, ni necesitarse su prueba, si por ventura acontece que se pierda la cosa por culpa del comodatario (*dic. n. vers. Si res.*).

(*a*) Si el depositante pide el depósito en perjuicio suyo ó de otros, aunque jurase el depositario restituir no se halla obligado, y si los bienes del depositante se confiscan, debe hacerse la restitucion al fisco, aguardándose quando á un tiempo piden la cosa depositada el ladron depositante y el señor, si este prueba que es suya, en cuyo evento se le ha de restituir (*n. 3. vers. Sunt tamen.*).

Universidad Rey Juan Carlos

5 El depositario tampoco adquiere dominio, posesion ú otro derecho real, y se halla obligado únicamente por la culpa lata, mediante á que tan solo se sigue utilidad al depositante, quien si se perdiese la cosa por culpa leve ó levísima, deberá imputarse el no haber elegido persona idónea y cuidadosa (*dic. n. vers. Item adde quod in depositarium.*).

6 Si se depositase cerrada ó ligada arca, maleta ú otra cosa semejante con ciertas cosas dentro y se vuelve del mismo modo, diciendo el dueño que le faltan algunas, para obtener necesita probarlo; pero si se le restituye abierta ó no de la manera que estaba quando se depositó, ha de estarse á su juramento moderado por el Juez segun las circunstancias de las personas, á no ser que estuviese cerrada ó ligada tan levemente que con facilidad pudiera abrirse ó desliarse, y el depositario sea sugeto de buena opinion (*dic. n. vers. Item quæro.*).

7 Para que se verifique depósito, es indispensable que se dé la cosa expresamente para su custodia, porque si el dueño sin manifestacion alguna la pusiese en la casa ó quarto de otro sabiéndolo este y permitiéndolo, no se conceptua depósito. En esta atencion si por salirse el dueño de su casa ó quarto y dexarse la puerta abierta, fuese hurtada, á nada es obligado por no haber contrato, si no se prueba que lo hizo con dolo: cuya doctrina no puede correr en los mesoneros, venteros y otros semejantes, porque estos por razon de su oficio deben pagar aquellas cosas que ponen los huéspedes en su presencia si son hurtadas: como ni tampoco quando el dueño expresa que entrega la cosa para su custodia á qualquiera persona, y esta callase, por verificarse entónces un depósito tácito (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*).

8 Si el comodatario, depositario ú otro qual-

Universidad Rey Juan Carlos

quiera deudor de alguna especie la entrega á su siervo ó criado para que la entregue al dueño ó acreedor, y huye con ella ó la pierde, no queda obligado á la estimacion, si el tal siervo ó criado era fiel y no acostumbraba hacer tales cosas. Lo mismo debemos decir entregándose la cosa al criado del dueño ó acreedor, si tambien era fiel y este solia hacer semejantes encargos; pero sí queda obligado habiéndose convenido las partes en que el deudor entregase la cosa por sí ó por cierto nuncio, si la da á otro para su entrega. Dixe, *deudor en especie*, porque si lo es en cantidad ó género no se excusa, mediante á que el género no puede perecer (*n.* 3.).

9 Conveniéndose el acreedor y deudor en que este entregue la cosa al que llevase ciertas señales, como ignorante el acreedor se presente con estas al deudor alguno de los circunstantes ó transeuntes que se informó de lo convenido y se la entregue, queda libre siendo deudor en especie: y si el deudor entregó la cosa á una persona en quien no concurrian las antedichas presunciones particulares, sino que se presumia buena, no se excusa en los contratos que se presta la culpa levísima y sí en los demas; mas si el dueño ó acreedor remite alguna epístola al deudor con cierto criado, diciéndole que le envie lo que le debe sin expresarle lo haga con este, si se lo entrega y lo pierde ó se huye, no queda libre, porque el conductor de la carta fué solamente para requerir y no para recibir (*dic. n. vers. Item adde quod si creditor*).

CAPITULO VIII.

De los contratos innominados.

1 El contrato se celebra en tercer lugar con la intervencion de la cosa, segun se dixo al principio del

ca-

capítulo 2. y este es qualquiera contrato innominado, el qual se divide en quatro especies, es á saber; *doy para que dés*, *doy para que hagas*, *hago para que hagas*, *y hago para que dés*. Por derecho romano y departidas para que naciera accion y obligacion eficaz del contrato innominado, se requeria el cumplimiento por alguna de las partes (*n.* 1. *ley fin. tít.* 6. *part.* 5.), pero hoy no es necesario segun la *ley* 2. *tít.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* la qual no pide para la obligacion eficaz mas que la voluntad expresa ó tácita de obligarse, y de consiguiente basta la policitacion, excediéndose en esto nuestro derecho al canónico que á lo ménos exîge pacto nudo para la obligacion; bien es verdad que si alguna de las partes en virtud del contrato innominado reconviene á la otra, le obstará la excepcion á lo ménos en la execucion real si no ofrece y cumple por su parte: infiriéndose de aquí que aunque los instrumentos guarentigios se executan sin que pueda oponerse contra ellos excepcion alguna fuera de las contenidas en la *ley* 1. *tít.* 21. *lib.* 5. *de la Recop.* se puede oponer la que acaba de mencionarse (*núm.* 4.) (*1*).

2 De todo lo expuesto se deduce que en el dia si alguno de los contrayentes cumple por su parte el contrato innominado, no tendrá lugar la repeticion ni por arrepentimiento de este, ni falta de observancia en el otro, así como no lo tiene en el contrato perfecto y nominado (*núm.* 5.),

3 Entre los contratos innominados solo hay uno que tenga nombre propio, es á saber, la permutacion que se comprehende en el contrato general *doy pa-*

(*1*) En atencion á esta doctrina no podrá decirse ya que los contratos innominados se celebran con la intervencion de la cosa, sino que todos indistintamente se celebran con el consentimiento.

Universidad Rey Juan Carlos

para que dés, y consiste en la recíproca entrega de cosa cierta en especie. Tiene nombre propio, no porque dexase de verificarse en él quanto era propio del contrato innominado, sino por su mucha semejanza con el de compra y venta; pues así como en este por la tradicion se traspasa el dominio ó la condicion de usucapir, tienen lugar la eviccion y acciones redhibitoria y *quanto minoris*, y se debe alcabala, así tambien en el contrato de permutacion (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley* 1. *tít.* 6. *part.* 5.) (*).

CAPITULO IX.

Del contrato verbal.

1 Tambien se dixo al principio del *capítulo* 2. que el contrato se celebra con palabras, y entónces se llama estipulacion firme y solemne; para cuya inteligencia es de advertir que en el derecho hay policitacion, pacto nudo y estipulacion solemne. La policitacion *es una nuda y simple promesa hecha al ausente, y aun al presente siempre que este no consienta ni expresa ni tacitamente.* El pacto nudo *es un convenio entre los que se hallan presentes y consienten expresamente por palabras formales y equivalentes (nn.* 1 *y* 2.). Y estipulacion solemne *es un contrato de palabras que se hace y celebra, precediendo la interrogacion del acreedor y siguiéndose la respuesta del deudor*; pues aunque en ella se requiere el consentimiento como en los contratos que se celebran con este, y la solemnidad que se exîge en otros contratos, se llama de palabras por la solemnidad de estas; bien que en el dia no es necesaria la estipulacion con arreglo á la citada *ley* 2. *tít.*

(*) Es mas verdadero y conforme que hay tambien permutacion, quando se da especie por género ó por el contrario (*letra A.*).

Universidad Rey Juan Carlos

tít. 16. *lib.* 5. *de la Recop.* y á lo que se ha notado sobre ella en varios pasages, de modo que es lo mismo la intervencion de estipulacion que la de una simple promesa (*núm.* 3.).

2 Habiendo diversidad entre los contrayentes, para ver si esta vicia ó no el contrato, se ha de mirar principalmente si es tal que constituye disenso entre ellos y no las sutilezas del derecho: y así quando la diversidad es en la cantidad, porque precedió interrogacion de mayor suma y la respuesta fué de menor ó por el contrario, siempre valdrá en la menor, y aun en la mayor, pues en el promitente hay ánimo de obligarse y en el que ha de recibir no se puede considerar disenso; pero esto debe entenderse en el contrato lucrativo no en el oneroso, en donde la diversidad quantitativa vicia de tal suerte el contrato que no vale en la menor suma, por perjudicarse al acreedor, si no es que preceda interrogacion de menor suma y se siga la respuesta de mayor, que entónces valdrá en la menor (*n.* 4. *ley* 16. *tít.* 13. *part.* 5.).

3 La diversidad en la qualidad ó en el tiempo por haber precedido interrogacion pura y seguídose respuesta condicional ó *in diem* ó por el contrario, vicia la estipulacion, mediante á que se colige el disenso de los contrayentes de la diversidad en la qualidad, y esta la induce en la substancia: y si hablamos particularmente con respecto á la diversidad en el tiempo, podemos decir que aun quando preceda interrogacion de cierto dia y se responda de otro anterior, hay disenso entre las partes y de consiguiente se vicia el contrato, porque se colige claramente que el ánimo del acreedor estipulante fué de que no se le hiciese la paga ántes del dia ó tiempo que expresó por favor suyo. De aquí se deduce que la regla conforme á la qual el deudor *in diem* puede ántes

Universidad Rey Juan Carlos

tes del tiempo pagar al acreedor aun contra su voluntad, ó depositar y consignar la paga para que despues el peligro de ella incumba al acreedor, se debe entender quando se mencionó el tiempo por gracia del deudor; mas no si se hizo por beneficio del acreedor (*dic. n. vers. Secunda conclusio*, *ley* 6. *tít.* 11. *part.* 5.).

4 La diversidad en la cosa porque precedió la pregunta acerca de una y la respuesta fué de otra, vicia la estipulacion (*vers. Tertia*, *ley* 33. *tít.* 11. *part.* 5.), á no ser que la diversidad agrade incontinenti al acreedor (*vers. Sexta*, *ley* 26. *tít.* 11. *part.* 5.): y si habiendo precedido interrogacion, fuese de cosa ó suma, ó fuese pura, condicional ó de otra qualquiera especie, se sigue una respuesta simple y absoluta, vale el contrato, porque la respuesta y promesa se juzga dada y hecha con respecto á todo lo contenido en la pregunta (*vers. Séptima.*).

5 Si precede la interrogacion de muchas cosas y se sigue la respuesta de una tan sola, vale en esta el contrato, mediante á que en ella convienen las partes, y tantos son los contratos quantas son las cosas deducidas en la convencion: y si por el contrario precediendo interrogacion de cierta cosa, se sigue la respuesta de esta y de otras, en todas es válida la estipulacion (*vers. Quarta.*); pero si precede la interrogacion alternativa de tal ó tal cosa, y se sigue la respuesta de una sola, ó al contrario si precede interrogacion de una cosa y se sigue la respuesta alternativa de esta ú otra, no subsiste el contrato en cosa alguna por el dinero de las partes, en atencion á la mucha diversidad que hay entre la estipulacion pura y la alternativa con respecto á la forma, substancia y efecto (*vers. Quinta.*).

6 Quando la diversidad es únicamente en la voz, no en la substancia y efecto, como si precede la inter-

Universidad Rey Juan Carlos

terrogacion de ciertas monedas de plata y se ofrecen otras diversas de la misma materia y estimacion, no se vicia la estipulacion porque en el dinero no se considera mas que el valor y efecto. Lo propio sucede por esta razon aunque el dinero ofrecido sea de diversa materia, y así el acreedor será obligado á recibir este en qualquiera moneda, si no prueba que se le ha de seguir perjuicio (*vers. Octava*).

7 Las partes se pueden obligar por medio de cifras ó señales que ellas mismas inventasen á su arbitrio (*vers. Nona*); como asimismo precediendo la interrogacion en un idioma y siguiéndose la respuesta en otro, siempre que los contrayentes los entiendan ambos, ó intervenga la declaracion de algun intérprete; pues en estos términos todos los actos y contratos se pueden celebrar en qualquiera lengua y aun en diversas, de modo que una parte de ellos se halle en un idioma y otra en otro. Con este motivo es digno de advertir que el edicto general que se haya de poner en algun lugar público para que llegue á noticia de todos, ha de estar concebido en la lengua y palabras que mas se versan en el pueblo del edicto, en cuyo caso perjudicará á todos los extrangeros por la obligacion que tienen á inquirir sobre el idioma del lugar donde residen, y de otra suerte á ninguno perjudicaria, excusándose qualquiera con la ignorancia de la lengua (*vers. Decima*).

8 Si habiendo intervenido intérprete en algun acto ó contrato, se suscitase alguna duda entre las partes, depondrá aquel ante el Juez con juramento de qué modo declaró á estas en el tiempo del acto el idioma ó palabras sobre que recae la duda (*vers. Advertendum tamen*): debiendo estarse á la declaracion del intérprete sin otra prueba ó adminículo, no obstante de que á un testigo solo no se

Universidad Rey Juan Carlos

ha de creer aunque se halle constituido en grande dignidad, siempre que conste por confesion de las partes, ú otra prueba ó indicio, que con voluntad de estas intervino el intérprete, y aun no constando como no haya mas que uno en la ciudad ó pueblo; mas si se hallan muchos, se requieren dos y no se da á uno solo entero crédito. Y segun esta distincion se ha de estar al testimonio de los peritos, quando en algun litigio ó negocio deponen sobre duda que se ha suscitado y consiste en pericia, ciencia ó arte, en cuyo acontecimiento siempre se ha de ocurrir á ellos, de lo qual trae varios exemplos nuestro Gomez (*núm.* 5.) (*a*).

CAPITULO X.

De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.

1 El contrato, su obligacion y efecto se dicen dividuos ó individuos conforme á la disposicion del derecho, y es regla general que se digan dividuos ó individuos segun la naturaleza de la cosa deducida en el mismo contrato. Unas veces se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida: otras cosa particular ó integral en especie ó en género como el animal, casa, fundo ú otra qualquiera cosa mueble ó inmueble: otras cosa incorporal como la servidumbre; y otras un hecho: debiendo saberse que solamente con quatro respectos se dice el contrato dividuo ó individuo, es á saber, con res-

(*a*) Es mas probable segun el rigor del derecho que en las causas arduas son necesarios dos peritos, de tal suerte que si en el pueblo hay uno solo, debe hacerse venir otro del pueblo mas cercano (*núm.* 6.).

Universidad Rey Juan Carlos

respecto á la promesa y obligacion, con respecto á la distribucion y division entre los herederos, con respecto á la paga, y con respecto á la liberacion y efecto (*núm.* 2.).

2 Quando se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida es el contrato dividuo por todos respectos. En primer lugar lo es respecto de sí mismo y de la obligacion, porque así como puede deducirse una grande cantidad ó número, así tambien qualquiera de sus partes. En segundo lugar lo es respecto de la division entre los herederos, pues estos muerto el deudor se hallan obligados á pagar la deuda segun sus porciones hereditarias, dividiéndose *ipso jure* entre ellos la obligacion, de tal suerte que pagando cada uno la deuda por su parte aun contra la voluntad del acreedor, queda libre, porque entónces paga verdaderamente todo lo que debe, y no hace satisfaccion parcial, que no puede ser compelido á admitir el acreedor. No obsta que la condicion de la obligacion no se muda por la persona de los herederos, mediante á que debe entenderse en los actos ó contratos individuos no en los dividuos. En esta atencion si el enfiteúsis se impone con el pacto de retrovendendo, no puede un heredero redimirlo pagando su parte: si se vende la cosa con el pacto de que si el precio no se paga dentro de cierto tiempo se tenga por no comprada, dexando de satisfacerse una parte aunque mínima, se tiene por no vendida; y si alguno quiere retraer la cosa del comprador por el mismo precio en virtud de ser consanguíneo ó compañero, no puede hacerlo en parte (*núm.* 3.).

3 En tanto es verdad que en el expuesto caso qualquiera heredero se halla obligado en parte, que aunque el coheredero no tenga para pagar, no tiene obligacion de satisfacer por él ni aun en el fuero

de la conciencia: y sin embargo de què el testador gravase á un solo heredero á que satisfaciese toda la deuda, no puede el acreedor reconvenirlo *in solidum* sino á todos por su respectiva parte, mediante á que la obligacion se dividió por la ley; bien que en este caso los coherederos pueden reconvenir al gravado por su interes: no teniendo lugar esta doctrina en la dote, por quanto solamente queda obligado el heredero gravado por el testador á pagarla á la muger, y esta lo puede reconvenir *in solidum* (*núm.* 4.).

4 En tercero y quarto lugar lo es dividuo con respecto á la paga y liberacion, pues si se satisface una parte de lo que se debe, vale la paga y en quanto á la parte queda libre el deudor; pero esto debe entenderse interviniendo la voluntad del acreedor, porque no se halla precisado á recibir una solucion particular, á no ser que sea líquida una parte y otra dudosa, y se le entregue la primera, aunque siendo muchas las deudas de diversos contratos, está obligado á recibir la paga de una sola: entendiéndose satisfecha la mas dura ó grave si el deudor no señala la deuda que quiere pagar; y si todas las deudas son iguales se divide la solucion con respecto á todas. Asimismo por el contrario el acreedor no puede pedir al deudor con ningun motivo una parte de la deuda y despues las demas, sino toda ella para que no se divida la continencia de la causa y el deudor no sea molestado con muchos litigios; si bien es cierto que no oponiendo este la excepcion de division, valdrá el proceso y la sentencia (*nn.* 5. *y* 6. *ley* 20. *tít.* 14. *part.* 5.)

5 Quando se deduce en el contrato cierta cosa particular mueble ó inmueble que tenga ciertos fines determinados por la naturaleza, v. gr. el siervo Pedro, tambien es dividuo por todos respectos. Respec-

Universidad Rey Juan Carlos

pecto del contrato, porque puede deducirse en él una parte quotitativa como la mitad, la tercera ó la quarta: respecto de la division entre los herederos y respecto de la paga, por lo dicho en el caso anterior; y respecto de la liberacion, porque en quanto á la parte pagada queda libre el deudor, debiendo satisfacer despues la otra, mediante á que precisamente ha de transferir el dominio de la cosa debida y no se libra pagando el interes; mas lo expuesto debe entenderse pagándose una parte de la cosa debida en propiedad y usufructo, no si se pagase la propiedad ó el usufructo solamente; pues aunque valga la paga recibiéndola el acreedor, no queda libre el deudor en quanto á lo que pagase, porque estipulando el acreedor el pleno dominio, estipuló el usufructo causal que es de la misma naturaleza y no se acaba con la muerte ni *capitis* diminucion, como sucede al usufructo formal y separado, y por consiguiente la tal paga en parte no trae tanta utilidad respecto de la otra parte como el todo respecto del todo (*núm.* 7.).

6 Pero si la cosa contenida en el contrato es particular en género, v. gr. un caballo, aunque es dividuo respecto de la obligacion, de la division entre los herederos y de la paga, porque puede satisfacer el deudor parte de la cosa genérica restringiendo la solucion á cosa particular, y vale admitiéndola el acreedor; no lo es respecto de la liberacion y efecto, mediante á que pagada una parte ni aun quanto á esta se libra el deudor, pues de otra suerte podria este pagar la otra parte en otro caballo diverso, y el acreedor no lo tendria todo segun estipuló, sino diversas partes en diversos caballos, y y así la paga en parte no traeria tanta utilidad respecto de la otra como el todo respecto del todo, que es un grande inconveniente. Baxo este supuesto

to el acreedor á quien se hizo la paga de una parte, puede pedir toda la cosa en género, como si nada se le hubiese satisfecho, y si la cosa en que se pagó la parte quotitativa *pro indiviso* perece fortuitamente, queda obligado el deudor á satisfacer otra íntegra en género, sin que perjudique al acreedor el que recibiendo una parte, parece que libra al deudor y que consiente en que se le pague la otra parte en otra cosa diversa, porque el acreedor cree verosímilmente que lo restante se le ha de satisfacer en la misma cosa, y con esta intencion recibe la parte (*núm.* 8.).

7 Pagando el deudor la otra parte en la misma cosa, al punto queda plenamente libre, y si paga otra cosa diversa íntegra, puede repetir con la condicion *indebiti* la parte que primero satisfizo; pero en el medio tiempo de ningun modo puede repetirla, pues aunque en ella no queda libre, como que vino al acreedor de su voluntad, puede este retenerla hasta que en la misma cosa ó en otra diferente se le satisfaga en un todo. Esto tiene tambien lugar en los herederos del deudor de cosa genérica, sin embargo de que esta obligacion se divida, y por tanto si uno paga su parte en cierta cosa, no se libra, aunque en este caso se suspende y está pendiente la peticion por la parte que se satisfizo, hasta que se convengan los demas herederos, y si estos pagan en la misma cosa queda libre enteramente, y si no, podrá ser reconvenido. La razon de diferencia que ya queda expuesta, consiste en que pagando alguno de los herederos su parte paga todo lo que debe (*núm.* 9.).

8 Muriendo el deudor y dexando muchos herederos, si estos no se conforman en la eleccion de la cosa, porque uno quiere pagar su parte en una y otro en otra, puede el acreedor pedir la estima-

cion

cion de la cosa ó al principio ó en el tiempo de la execucion; mas si quiere la misma cosa y ha deducido su accion, puede implorar el oficio del Juez para que los obligue á convenirse, como puede implorarse para el mismo efecto, siempre que muchos desienten en perjuicio de algun tercero: y si á instancia del Juez no quieren concordar los herederos, podrá este elegir la cosa que han de prestar (*núm.* 10).

9 En el caso de que se habla, un heredero no puede pedir al Juez que obligue á los demas á concordia, porque quando muchos disienten en perjuicio de ellos mismos cesa el oficio del Juez, aunque sí puede solicitar que la discordia se dirima por medio de la suerte, que no solo tiene lugar en los casos determinados por derecho, sino tambien en aquellos donde concurre igual ó mayor razon, pues la ley sin embargo de que hable con palabras taxâtivas, se extiende á los casos semejantes; bien que un heredero puede pagar toda la cosa por sí y sus coherederos, y despues recuperar de estos la estimacion con respecto á sus partes no con la accion *negotiorum gestorum* sino con la accion *familiæ erciscundæ*; en atencion á que mas bien paga por cierta necesidad para quedar libre, que voluntariamente (*núm.* 11.).

10 Y por el contrario si el acreedor de cosa genérica fallece con muchos herederos que no concuerdan, la discordia se dirime con la suerte si la eleccion era del acreedor, y si alguno de los herederos comete culpa por la que los demas padecen algun perjuicio, está obligado á ellos por el interes en el juicio *familiæ erciscundæ*; pero si la eleccion es del deudor, puede este ofrecer á los herederos la cosa que quiera del mismo modo que el difunto, y si á uno da parte en alguna cosa, no se veri-

Universidad Rey Juan Carlos

rifica la liberacion y está pendiente hasta que se pague á los demas, segun se dixo respecto de los herederos del deudor, por militar la razon é inconveniente de que se haga la paga en diversas cosas, la qual se verificaria repudiando el otro heredero la herencia y acreciendo al que adiese; pues si quedase libre el deudor, podria pagar á este la parte que acrece, en otra cosa diversa. Mas si el deudor paga realmente á todos los herederos sus partes en diversas cosas, siendo de consentimiento de ellos queda libre por cesar el apuntado inconveniente, y si recibiesen con ignorancia pueden pedir la solucion en una cosa entera, porque del mismo modo se debia al difunto, y la qualidad de la obligacion no se muda por las personas de los herederos (*dic. núm. vers. Quid tamen si creditor*).

11 Todo lo dicho con respecto á la obligacion genérica tiene lugar en la obligacion alternativa, pues el tal contrato es dividuo respecto de sí mismo, de la division entre los herederos y de la paga, é individuo respecto de la liberacion, porque esta no se verifica en la parte pagada hasta que se dé la otra en la misma cosa, ó se satisfaga entera la otra cosa debida alternativamente, en atencion á que siendo la eleccion del deudor en la obligacion alternativa, si se verificase la liberacion en la parte pagada de la cosa alternativa, se seguiria el inconveniente de que pagando despues la otra parte en la otra cosa alternativa, se hiciese la solucion en diversas cosas. De aquí se infiere que si la eleccion es del acreedor, se verificaria la liberacion en la parte pagada y se podria compeler al deudor á que pagase la otra parte en la misma cosa, por ser visto elegirla el acreedor quando recibió la parte y no poder mudar su voluntad: lo qual no sucede perteneciendo la eleccion al deudor, mediante á que con

Universidad Rey Juan Carlos

con pagar este la parte de alguna cosa no parece que la elige simple sino condicionalmente, es á saber, si acontezca despues el pagar la otra parte en la misma cosa: pudiendo tambien decirse que aunque parezca elegirla, puede variar y elegir despues la otra, favoreciéndose mas en esto al deudor que al acreedor; bien que la variacion de aquel no tiene lugar satisfaciendo alguna cosa de las alternativas (*núm.* 12.).

12 Entre la obligacion genérica y la alternativa se advierte la diferencia de que en la primera, segun se ha dicho, el acreedor que recibe parte de la cosa, puede pedir toda la cosa en género como si nada se hubiese satisfecho, y en la segunda el acreedor que recibe parte, no puede solicitar por entero ambas cosas debidas alternativamente, sino la otra parte de la cosa pagada ó toda la otra cosa (*dic. n. vers. Attende.*).

13 Diximos que tambien se deduce en el contrato cosa incorporal como la servidumbre, para cuya inteligencia acerca de la presente materia es de advertir que unas veces se halla la servidumbre prometida solamente y deducida en el contrato no realmente constituida, y otras realmente constituida mediante la tradicion ó quasi tradicion. Tambien es de advertir que se puede hacer promesa de servidumbre personal, real y mixta. La servidumbre personal únicamente prometida es, *quando el señor de algun siervo prometió en él algunas obras ó servicio.* Esta es individua por todos respectos, y respecto de la paga no por la razon que otras servidumbres, sino por consistir en hecho y juzgarse segun su naturaleza (*núm.* 15.).

14 La servidumbre real, rústica ó urbana prometida solamente es asimismo individua por todos respectos. Primeramente es individua respecto del contrato, porque no se puede prometer ni deducir

en la obligacion tan solo una parte de ella, ya atendiendo á que repugna naturalmente su division por ser incorporea, intelectual é indivisible segun la disposicion del derecho, y ya atendiendo á que en esta materia es regla y doctrina singular, que aquello se diga individuo cuya parte no trahe tanta utilidad respecto de la parte como el todo respecto del todo, lo qual se verifica en la servidumbre, en atencion á que su parte no es útil en modo alguno, bien se considere el fundo serviente, bien el dominante, bien el instrumento con que se usa de la servidumbre, bien la latitud ó modificacion del fundo serviente ó del uso. Y aunque es cierto que la servidumbre puede constituirse y prescribirse en cierta parte del fundo quedando libres las otras, no por esto se divide la servidumbre, sino tan solo se modifica y se coarta para que se exerza en cierta parte del fundo *pro diviso*, porque de otra forma se exerceria en todo él. Tampoco se divide la servidumbre en su substancia, quando se divide su uso, exercicio ó comodidad por algun tiempo ó modo v. gr. constituyéndose con el pacto de que se use en tales dias ó tales horas y no en otras, por distar mucho lo uno de lo otro (*dic. núm.* 15.).

15 En segundo lugar se dice individua la servidumbre respecto de la division entre los herederos, bien sean del promitente, bien del acreedor, para cuya perfecta inteligencia se pueden poner quatro conclusiones así en órden á los primeros como en órden á los segundos. La primera en órden á los primeros es, que uno de ellos no puede constituir realmente la servidumbre *in solidum* en el fundo comun hereditario sin el consentimiento de los demas, mediante á que ninguno de los socios por sí solo puede imponer servidumbre, y á que de otra suerte se seguiria que estaba en potestad de uno de los

herederos el perjudicar á los demas: como asimismo que la sentencia pronunciada contra uno perjudicaria á otros, lo qual es injusto y contra todas las reglas del derecho: debiendo esto entenderse aun quando los herederos estuviesen constituidos en mora por el acreedor, sino es en la servidumbre que se debe por última voluntad, pues no debe estar pendiente como el contrato, y en la última voluntad pasa el dominio ó derecho de la servidumbre sin constitucion real (*núm.* 16. *ley* 9. *tít.* 31. *part.* 3.).

16 La segunda conclusion es, que si á uno de los herederos se adjudica todo el fundo en que fué prometida la servidumbre por el difunto, debe aquel constituirla *in solidum* por cesar la comunion que en el caso antecedente servia de impedimento, sin que pueda repetir cosa alguna de los herederos con respecto á sus porciones hereditarias, si se le hizo la adjudicacion con el cargo de la servidumbre prometida; mas habiéndosele hecho con su ignorancia, aunque está obligado á constituirla, hay lugar á la repeticion dicha (*dic. núm. vers. Secunda conclusio*).

17 La tercera conclusion es, que uno de los herederos puede constituir la servidumbre en el fundo comun hereditario, no para que valga al punto ó se adquiera el derecho real de servidumbre en todo ó en parte, sino para que la constitucion ó quasi tradicion esté pendiente hasta que los demas consientan, en cuyo entre tanto el constituyente como que queda obligado personalmente, no podrá impedir el uso de la servidumbre, segun acontece en otros qualesquiera señores particulares de algun fundo (*dic. núm. vers. Tertia ley* 10. *tít.* 31. *part.* 3.).

18 La quarta conclusion es, que si uno de los herederos no constituye la dicha servidumbre, ó aunque la quiera constituir, el acreedor se resiste á admitirla, mediante á que no se constituye por to-

Universidad Rey Juan Carlos

dos, podrá este pedir á aquel la servidumbre *in solidum* y será condenado en ella haciéndose la execucion en todo el interes. No obsta que el interes en las obligaciones de hecho se reputa dividuo, porque esto acontece quando el acreedor pide principalmente el interes, pero no si solicita servidumbre ó cosa individua, y despues por via de execucion consigue el interes (*dic. núm. vers. Quarta*).

19 En órden á los segundos es la primera conclusion, que si el fundo dominante se adjudica á uno de los herederos en la division de la herencia, este puede reivindicar la servidumbre *in solidum* y se le debe constituir, pagándosele de lo contrario la estimacion de la servidumbre. La segunda, que si muerto el acreedor el fundo dominante se divide entre los herederos, cada uno puede reconvenir al deudor con el fin de que se le constituya *in solidum* para su parte. La tercera, que si el fundo dominante es todavía comun por no haberse dividido la herencia, uno de los herederos puede pedir la servidumbre *in solidum*, y si el deudor la constituye, estará pendiente hasta que los demas consientan, mas aquel solo podrá usar de ella, sin que este pueda perturbarlo. Y la quarta conclusion, que si uno de los herederos pide la servidumbre y en la execucion se le satisface el interes por no consentirlo los demas, lo conseguirá solamente por su parte (*n.* 17.).

20 En tercer lugar es individua la servidumbre respecto de la solucion, porque no se puede pagar en parte, y por tanto si el promitente de la servidumbre pagándola con la tradicion ó quasi dice que paga en parte, ni aun en quanto á esta vale la solucion. Y en quarto lugar es individua respecto de la liberacion, pues haciéndose la paga en parte, tampoco se verifica aquella en órden á esta (*dic. n. vers. Similiter etiam & tertiò*).

21 El

Universidad Rey Juan Carlos

21 El usufructo servidumbre mixta es dividuo por todos respectos. Respecto del contrato y obligacion, porque así como todo puede prometerse, así tambien una parte quotitativa *pro indiviso* en algun fundo, y por tanto hecha la tradicion adquiere el usufructuario el derecho del usufructo en quanto á la parte, consiguiendo sus frutos y teniendo por ella todos los remedios é interdictos que competen al que tiene todo el usufructo. Tambien respecto de la division entre los herederos del promitente no de los del acreedor, porque el usufructo se extingue con la muerte y no pasa á los herederos. Y últimamente respecto de la solucion y liberacion por las razones expuestas en otros casos (*núm.* 18.).

22 La servidumbre de uso aunque tambien mixta es individua por todo respecto, en atencion á que se debe por la cosa á la persona con arreglo á su indigencia y necesidad que es indivisible; pues si á la persona acreedora le faltase la mitad de sus alimentos necesarios, no podria vivir, y de consiguiente la parte no traeria tanta utilidad respecto de la parte como el todo respecto del todo (*núm.* 19.); pero sin embargo de que la servidumbre de uso que se dexa en alguna cosa ó fundo es individua, no lo es la promesa y obligacion personal ó legado de alguna parte de los alimentos por via de quota, de número ó cantidad sin asignacion de fundo, en cuyo caso no hay servidumbre de uso. Estriba la razon de diferencia, en que en el primer caso la servidumbre de uso prometida ó legada se refiere á los alimentos que ha de percibir la persona en cuyo favor se constituye, y es individua naturalmente por el fundamento arriba expresado: y en el segundo la obligacion personal ó legado se refiere al dinero ó cantidad que se atiende y deduce principalmente en el contrato, la qual es dividua; bien se expenda en ali-

Universidad Rey Juan Carlos

alimentos, bien en otra qualquiera cosa: pudiendo inferirse de toda la doctrina expuesta que si aquel á quien se prometió la servidumbre de uso por sí y sus herederos, falta dexando muchos de estos, cada uno tendrá entera la servidumbre de uso segun la qualidad de su persona, y percibirá para sí *in solidum* lo necesario (*núm.* 20.).

23 Ultimamente se dixo que en el contrato se deduce algun hecho, pero ántes de tratar sobre si es ó no individuo, debe preceder alguna doctrina para su mejor comprehension. La promesa de hecho propio es válida y de ella nace accion eficaz, sucediendo despues de la mora la obligacion al interes, de suerte que este ó el hecho se puede pedir, ó uno y otro alternativamente que es el mejor modo, y perteneciendo la eleccion al deudor en tales términos que aunque el acreedor pida el hecho y el Juez lo condene en él, satisfaciendo el interes queda libre de la obligacion, porque ninguno puede ser compelido precisamente al hecho (*núm.* 21.), en atencion á que de otro modo se ofenderia la libertad y se induciria cierta especie de servidumbre; bien que en algunos casos puede ser apremiado con precision al hecho, los quales se omiten por la nota siguiente (*núm.* 22. *al princip. ley* 5. *tít.* 27. *ley pen. tít. fin. part.* 3. *y ley* 42. *tít.* 5. *part.* 5.) (*I*).

24 La

(*I*) El Señor Elizondo (*tom.* 1. *de su práct. pág.* 4. *n.* 10.) lleva que no se cumple por el obligado la obligacion á un hecho con prestar el interes, sino en los casos de que el promitente despues de constituirse en mora no puede hacer lo que prometió, ó aunque pueda, si ya no la acomoda al acreedor, por quanto en pena de la morosidad sucede la obligacion al interes: siendo los modos de perfeccionarse la execucion en la obligacion al hecho la prision del obligado, el embargo de sus bienes ó denegacion de audiencia hasta que la cumpla, á no ser que proponga excepcion exclusiva de

Universidad Rey Juan Carlos

24 La promesa de hecho ageno es de tal suerte inválida, que no nace de ella ni aun la obligacion al interes: entendiéndose esto aun despues de la citada *ley* 2. *tít.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* pero esta doctrina se ha de limitar en el caso de que el hecho ageno prometido se haya de hacer por persona á quien puede compeler el promitente, v. gr. hijo ó siervo: como asimismo en el caso de que la promesa se haga con juramento, pues entónces tiene lugar la obligacion al interes, en atencion á que todo acto en donde interviene juramento vale en el modo mejor que pueda valer (*núm.* 23.) (*a*).

25 La promesa que haga alguno al tiempo de contraher matrimonio, de habitar perpetuamente con su muger en cierta ciudad ó lugar baxo cierta pena, es de ningun momento, á no ser que se pruebe interesa á la muger la observancia del pacto, pues entónces el marido está obligado á satisfacerle el interes: y si alguno es inducido con la promesa de cierta cantidad ó con algun legado á morar en determinada parte por favor de alguna persona, no cumpliendo la condicion pierde el lucro, y no puede ser compelido á vivir en el lugar señalado. Dixe *por favor de alguna persona*, porque sin este respecto no valdrá la tal condicion aunque se imponga con la esperanza de premio: siendo digno de ad-

de la accion, obligándose á probarla inmediatamente. El Señor Gregorio Lopez (*ley* 3. *tít.* 14. *part.* 5.) juzga que la opinion de nuestro Gomez se derogó por las leyes de Partida. Finalmente con arreglo á nuestro derecho y aun al derecho comun llevan la sentencia de los citados AA. el Señor Castillo, el Señor Vela, el Señor Salgado, el Carleval y otros grandes varones (*Puede verse al* Aillon *nn.* 22. *y* 23. *y al* Suarez *letra* L.).

(*a*) Es mas comun y verdadero que vale esta promesa en vir-

Universidad Rey Juan Carlos

advertir que en los casos que vale el pacto de que se habla y el promitente puede ser apremiado á cumplirlo, no tiene esto lugar sobreviniendo de nuevo alguna causa por la que no puede ni debe residir en el pueblo expresado (*núm.* 24.).

26 Supuesta toda esta doctrina debe decirse que el hecho es regularmente individuo por todos respectos. Respecto de la obligacion, porque no puede deducirse en ella una parte indivisa quotitativa, y así no se puede prometer la mitad, tercera ó quarta parte de un hecho. Respecto de la division entre los herederos, porque muerto el deudor cada uno de ellos está obligado *in solidum*. Respecto de la solucion, porque no se puede pagar por parte divisa ó indivisa; y respecto de la liberacion, porque haciéndose la paga por parte divisa ó indivisa, aunque el acreedor la reciba, de ningun modo queda libre el deudor. Entre otras razones por las quales el hecho es individuo, es la principal que el hecho en parte respecto de la parte no trae tanta utilidad como el todo respecto del todo. Sirva de exemplo una casa ó edificio. Este completo nos defiende de la lluvia y el viento, y en él puede el acreedor habitar ó servirse de él segun le parezca, lo qual no puede decirse de una parte del edificio; mas sin embargo de que no se pueda deducir en el contrato una parte indivisa quotitativa del hecho, sí puede deducirse una parte divisa cierta y determinada, como si se prometen hacer los cimientos, el techo ú otra qualquie-

virtud de la *ley* 2. ya citada, y así lo enseñan muchos Regnícolas, entre ellos el Cevallos (*quæst.* 846.), quien prueba que el promitente de hecho ageno se libra si hace lo que está de su parte, aunque el Pichardo resuelve que no se libra el que prometió hecho ageno y puso su diligencia para que se cumpliese, si no se sigue el efecto (*núm.* 24. *vers. Etiam de jure*).

quiera parte cierta de algun edificio, por cesar aquí las razones impeditiva; si bien es cierto que por concurrir estas despues, es individuo el tal hecho por todos respectos (*n.* 25.).

27 Para conclusion de este capítulo se hará mencion de algunos actos individuos cuya qualidad deduce el autor de la doctrina que trae en el citado *n.* 25. La obligacion de dar algun dinero para cierto hecho, como quando se promete ó se lega á fin de que se haga alguna obra, es individua del mismo modo que el hecho por cuyo respecto se prometió ó legó el dinero, y por tanto muriendo el deudor, qualquiera de sus herederos se halla obligado *in solidum*; bien que aquel que pague, podrá repetir de los demas las partes correspondientes (*dic. n. vers. Tertiò infero.*). Asimismo es individua la cantidad ó cosa puesta en la condicion de paga, por reputarse hecho, y así no puede pagarse en parte, ni muerto el deudor se divide entre los herederos, de los quales cada uno está obligado *in solidum* en los casos que la obligacion de cumplir la condicion se transmite á ellos; pero esto se entiende quando la dicha condicion se impone á uno, no si á muchos, pues entónces cada uno podrá cumplirla por su parte y conseguirá en parte el emolumento. La cosa puesta en condicion de paga se verifica en este exemplo: *lego á Pedro tal fundo si diere diez*; en el qual si Pedro da solamente cinco no obtendrá la mitad del fundo (*vers. Quartò infero*).

28 Tambien si alguno vende cierta cosa por determinado precio con el pacto de *retrovendendo*, ni él ni sus herederos dando alguna parte del precio, podrán redimir parte de la cosa, lo qual se debe igualmente decir respecto de muchos que vendan con el referido pacto, porque dirigiéndose la cantidad á un hecho, es á saber, á la tradicion de la co-

Universidad Rey Juan Carlos

cosa, es individua la facultad de redimir, mayormente quando habiéndose vendido la cosa por un precio, todo él se ha de volver para restituirla; pero si alguno de los vendedores ofrece todo el precio, podrá redimir toda la cosa, siempre que de caucion de restituir la parte correspondiente al otro si despues quiere redimirla: como tambien si estotro renuncia de su derecho ó por alguna otra causa se halla excluido, porque se le acrece el derecho al compañero, quien de otra suerte sufriria el perjuicio de no poder redimir la cosa ni aun en parte (*vers. Quintò y vers. Septimo infero.*).

29 Igualmente la obligacion de pagar la pension el enfiteuta y el que tiene contra sí un censo, es individua, y así muertos estos dexando muchos herederos, aunque uno pague por su parte, sino paga el otro pasado el trienio, cae en comiso la cosa enfiteutica ó censual como si ninguno hubiese pagado (*vers. Octavò.*). Del mismo modo si el deudor entrega al acreedor alguna cosa en prenda por la deuda, y fallece con muchos herederos, ofreciendo alguno de ellos la parte de la deuda que le corresponde, no puede conseguir la cosa dada en prenda, para lo qual necesita de pagar en un todo. Y últimamente el mas próxîmo consanguíneo no podrá retraer en parte la cosa de patrimonio ó abolengo, lo qual se comprueba muy mucho con la *ley 71 de Toro*, en la que se dispone que si se venden muchas cosas de patrimonio ó abolengo por un mismo precio, no se puede retraer la una sin la otra (*vers. Nonò; y vers. Decimò.*).

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO XI.

De las qualidades de los contratos.

1 En órden á las qualidades de los contratos hay contrato puro, contrato *in diem*, contrato condicional y contrato alternativo. El primero se celebra quando alguno promete puramente dinero ú otra cosa sin asignar tiempo ó condicion, en cuyo caso nace al punto accion civil y natural, y se puede pedir la deuda (*n.* 1. *ley* 12. *tit.* 11. *part.* 5.); aunque el Juez segun su arbitrio por equidad debe señalar algun tiempo para la paga. Este tiempo legal arbitrario se diferencia mucho del que adhiere á la obligacion por convenio de las partes; pues sin embargo de que aquel no se haya pasado, si el reo condenado pide execucion en virtud de otra sentencia contra el acreedor, se puede oponer la compensacion de la deuda, la qual no tiene entrada durante el tiempo convencional. Además de esto si el acreedor pide la deuda ántes de haber corrido el término legal, no se duplica el tiempo, como acontece, pidiéndose ántes de haberse pasado el término convenido: y últimamente el término legal no impide la prescripcion que empieza á correr desde la sentencia, como la impide el término convencional cuyo transcurso es necesario para el principio de aquella (*n.* 2. *ley* 13. *tit.* 11. *part.* 5.).

2 Para que sea válido el contrato ó promesa es indispensable que intervenga causa suficiente y obligatoria, así porque la promesa sin causa es muy general que puede interponerse sobre causas ya justas, ya injustas, por lo qual es de apetecer la manifestacion de alguna, á fin de que se conozca si debe ó no valer: como porque de lo contrario se presu-

Universidad Rey Juan Carlos

me hecha por error y no con cierta ciencia, y así no queda obligado el promitente, á no ser que conste ó pruebe el acreedor por confesion de la parte ó por presunciones, que el deudor prometió sin causa sabiendo que nada debia; pues entónces se conceptua donacion la promesa y vale como tal (*nn.* 3. *y* 4. *vers. Ad aliam verò.*); bien que si la promesa hecha llanamente sin causa puede fundarse en otra anterior, será válida mediante á que esta se tiene por expresa entre las partes (*dic. n.* 3. *vers. Adde tamen.*).

3 Tambien es válida la promesa recíproca que se llama vulgarmente *apuesta*, por ser condicional y no exîgir causa el contrato baxo condicion, por quanto esta es causa suficiente; y esto sucede sin embargo de que el cumplimiento de la condicion no franquee lucro alguno á los contrayentes, pues causa bastante es que se satisfaga á su voluntad (*n.* 4.).

4 La referida necesidad de causa en los contratos y promesas aun tiene lugar despues de la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* porque no interviniendo no se presume ánimo ni voluntad de obligarse, sino un error que impide el consentimiento, por cuyo motivo no dará fuerza alguna al contrato ó promesa sin causa el juramento que se interponga, mayormente quando en este caso le faltarian sus tres requisitos substanciales, es á saber, el juicio, la verdad y la justicia (*n.* 5.) (I).

5 La confesion hecha á presencia del interesado por el deudor es válida y le perjudica; pero no surte el mismo efecto la que se hace en ausencia del

(*a*) El Pichardo y el Parladorio aseguran que ni por derecho real se requiere causa en el contrato ó pacto. Lo mismo sostiene el Suarez (*letra* E *cap.* 9.) y esto juzga mas verdadero nuestro Aillon (*en este cap. y en el* 9. *n.* 4.).

Universidad Rey Juan Carlos

del acreedor, sino que se reitera con intervalo y no incontinenti, pues entónces le daña: como asimismo quando además de la confesion en ausencia concurre un testigo, ó alguna conjetura ó indicio, porque en este caso hay plena prueba, mediante á que la confesion la induce á lo ménos semiplena. Tambien perjudica la confesion extrajudicial hecha en escritura, bien sea pública, bien privada, bien se haga en presencia, bien en ausencia, en atencion á que la escritura siempre habla, es mas que una confesion repetida, y se hace con mucha deliberacion. Asimismo perjudica la hecha en juicio teniéndose por condenado el que la hace y restando solo la execucion (*n.* 6.).

6 La incertidumbre en la disposicion ó contrato unas veces lo vicia, y otras no para cuya inteligencia se propondrán varias conclusiones. La primera es, que la incertidumbre en las palabras dispositivas de parte del que promete, vicia el contrato, porque siendo las palabras dudosas é inciertas no se presume ánimo de obligarse: v. gr. *se satisfarán diez*, hablando impersonalmente. La segunda, que la incertidumbre de parte del acreedor á quien se hace la promesa, no vicia el contrato, como si alguno diga en presencia de otro: *prometo dar veinte*; pues la promesa se entiende hecha al ausente. La tercera, que la incertidumbre únicamente en las palabras executivas no vicia la disposicion: v. gr. *te prometo que se darán diez*; aunque no se exprese la persona que los ha de dar, por entenderse ser el promitente, ú otro idoneo que ponga en su lugar. La quarta, que la incertidumbre acerca de una tercera persona que se ha de mencionar por el acreedor, nunca vicia el contrato por juzgarse siempre nombrado su heredero á quien se adquiere la accion, como si alguno estipula de otro que haya de dar

cier-

Universidad Rey Juan Carlos

cierta cantidad para la persona que aquel nombrase en su vida ó en la muerte, ó á la que quiera dexársela; pero esto debe entenderse quando la cosa se habia de restituir al acreedor para que en él, ó en la persona que mencionase, permaneciera perpetuamente, por no seguirsele entónces perjuicio al deudor, mas no si se debiese por tiempo limitado, como si alguno recibe en arrendamiento, ó en enfiteusis la cosa por sí y algunas personas que nombre ántes de su muerte, pues nombradas las tales personas se disuelve el contrato y la cosa vuelve á su dueño, porque una vida puede ser mas larga que otra y no milita la misma razon (*n.* 7. *ley* 3. *tit.* 11. *part.* 5.).

7 La quinta, que la incertidumbre que se ha de desvanecer por algun futuro acontecimiento, no vicia la disposicion ni en los contratos ni en las últimas voluntades. La sexta, que la incertidumbre de las cosas que consisten en peso, número ó medida, vicia la disposicion en los contratos y en las últimas voluntades; sino que por conjeturas ó alguna causa que precedió entre las partes; se puede colegir el peso, número ó medida. La séptima, que la incertidumbre en género generalísimo ó en género subalterno que comprehende en sí muchas especies, como si se prometiese ó legase simplemente algun ente ó algun animal, vicia la disposicion así en los contratos como en las últimas voluntades, porque dando lo mas vil de las cosas referidas quedaria libre el deudor (*n.* 8. *desde el vers. Septima y n.* 9.

8 La octava es, que la incertidumbre en género inferior, que los Dialécticos llaman especie y se predica de muchos diferentes en número, no vicia la disposicion, como si se promete ó lega alguna cosa que tiene ciertos fines determinados por la natu-

turaleza, v. gr. Un buey, un caballo, ó cosa semejante, por distar poco una de otra y no ser de consiguiente total la incertidumbre (*dic. n. vers. Duodecima. Ley* 23. *tit.* 9. *part.* 6.). La nona, que la incertidumbre de la cosa en género que tiene fines determinados no por la naturaleza sino por hecho de hombre, como si se promete ó lega casa ó nave, no vicia la disposicion siempre que tenga el promitente ó testador casas ó naves en su patrimonio, entre las quales elegirán aquel y su heredero; pues no teniendo casa ó nave es de ningun momento el legado (*vers. Decima quarta*, *dic. ley* 23.). La décima, que la incertidumbre de la cosa en género que no tiene fines determinados por la naturaleza ni hecho de hombre, vicia la disposicion: v. gr. si se prometiese ó legase un fundo rústico sin demostrarlo, pues dando un palmo de tierra quedaria libre el deudor: debiendo esto entenderse aun quando el promitente ó testador tuviese fundos rústicos, y sin embargo de lo dicho anteriormente acerca del fundo urbano, por quanto es mayor la incertidumbre en aquellos que en este, como se comprueba de que el fundo rústico puede ser para sembrar: puede ser viña, huerto, prado ó cosa semejante, lo qual no se puede decir del urbano; mayormente quando aunque tenga el fundo rústico ciertos fines por hecho de hombre, no son tan perpetuos y fixos como los del fundo urbano (*vers. Decima tertia.*).

9 La undécima conclusion es, que la incertidumbre acerca de algun hecho vicia la disposicion; pues si alguno promete á otro el hacerle un edificio ó manda á su heredero que se lo haga sin determinar sitio, ni vale el legado ni la promesa, porque puede hacerse en parte que no sea útil. Lo mismo acontece si no se expresa la qualidad y forma del edificio; bien que la disposicion incierta es válida en qual-

Universidad Rey Juan Carlos

qualquiera causa pia, y se certificará con respecto á la misma causa, qualidad de la persona del deudor ó testador y sus facultades segun el arbitrio del Juez (*vers. Decima quinta*). No se opone á todo lo antedicho la especie de que si el testador lega simplemente el trigo ó cosa que consista en peso, número ó medida, no se vicia la disposicion por la incertidumbre: porque se conceptua referirse el testador á todo el trigo que tiene en su patrimonio, y así todo se comprehende en el legado (*vers. Sed advertendum. Véanse los nn.* 30 *y* 44. *tom.* 1. *cap.* 12. *de este comp.*).

10 Lo expuesto acerca de la incertidumbre tiene tambien lugar con respecto á nuestro derecho y al canónico, á causa de que la incertidumbre vicia la disposicion por falta de consentimiento; y debe entenderse quando se trata de contraer ó inducir obligacion, mas no si se trata de disolverla ó prorogarla, como si el acreedor despues de haber llegado el dia de la obligacion proroga el término al deudor sin determinar quanto, porque en este caso se moderará el tiempo por el arbitrio del Juez en favor de la liberacion (*n.* 10.).

11 Si el padre ó la madre en el testamento ó por contrato entre vivos mejora á alguno de sus hijos no expresando si en el tercio ó en el quinto, se entiende la mejora en ambos, como se acredita muy bien de la *ley* 26. *de Toro* (hoy 10. *tit.* 6. *lib.* 5. *de la Recop.*), en la qual se dispone, que si el padre ó la madre hiciere alguna donacion simplemente á su hijo, se conceptue mejorado en el tercio y quinto de los bienes aunque no lo hubiesen dicho, para que ni á él ni á otro pueda mejorar, y que si la donacion excede el valor del tercio y quinto, se compute tambien en la legítima. (*n.* 11.).

12 El contrato celebrado puramente, su accion y

y obligacion con las mismas qualidades activas y pasivas que tenian respecto del difunto, pasan á sus herederos por representar estos sus personas despues de la adicion, y por parecer que las partes en los contratos miran siempre no solo por sí sino tambien por sus herederos: y en virtud de estos fundamentos en los contratos la mencion de los herederos es regularmente superflua: la accion que tienen, es la que competia al difunto; y contra ellos no puede causarse nueva prescripcion, por bastar y considerarse la que principió contra el difunto (*n.* 12.).

13 La doctrina expuesta procede tambien en los contratos y obligaciones de hecho: respecto de los herederos del acreedor siempre, y respecto de los del promitente ó deudor, quando el hecho no haga relacion de un todo á la persona y pueda evacuarse cómodamente por otro, como hacer una casa ó escribir un libro, mediante á que entónces mas bien se mira el cuerpo que resulta del hecho que el hecho mismo; pues de lo contrario no pasa á los herederos, á no ser que muriese el promitente despues de la mora, en cuyo caso se traspasa á los herederos la obligacion al interese; pero no procede la dicha doctrina quando en la persona del promitente ó acreedor se ponga alguna diccion taxâtiva; v. gr. *yo solamente te prometo diez*, *ó yo te prometo á tí solo diez*; por juzgarse personal el contrato. Tampoco procede quando la disposicion es sobre cosa no transitoria por su naturaleza á los herederos, en quienes y contra quienes pueden principiar las acciones (*n.* 13. *ley* 12. *tit.* 11. *part.* 5.).

14 Siendo el contrato ó disposicion sobre cosa segun su naturaleza transitoria á los herederos, los comprehende á todos *in infinitum*, hágase ó no mencion de ellos; mas siendo sobre cosa no transitoria á estos, si se mencionan, se extiende solamen-

Universidad Rey Juan Carlos

te á los primeros, como se observa quando se lega ó concede el usufructo á cierta persona y á su heredero: de lo qual se deduce que si el enfiteúsis no suele concederse sino á los primeros ó segundos herederos, únicamente á estos se debe restringir la simple mencion que de ellos se haga, por deberse mirar la naturaleza de la cosa sobre que se interpone el acto (*n.* 14.).

15 Aunque por derecho romano ninguno podia adquirir obligacion en beneficio tan solo de uno de sus herederos que nombrase (á excepcion de algunos casos), y únicamente se le adquiria con respecto á su parte hereditaria, mediante á que por esta representa al difunto considerándose extraño en quanto á las demas; hoy atendida la citada *ley* 2. segun la qual puede qualquiera estipular para otro, sucede lo contrario; pero así como ni aun por nuestro derecho ninguno puede obligar á un extraño, así tampoco el promitente ó deudor puede gravar solamente á uno de sus herederos á que satisfaga toda la deuda, y todos tienen que pagarla con respecto á sus partes: todo lo qual se entiende en los contratos, porque en ellos no se puede inducir prelegado á favor de los coherederos, ya por no intervenir la solemnidad que se exîge en las últimas voluntades, y ya porque aunque intervenga, no intenta prelegar el promitente; mas no se entiende en las últimas voluntades, en las quales el testador siendo acreedor puede prelegar la deuda á uno de sus herederos y este solo la recuperará, y siendo deudor puede asimismo gravar á uno de sus herederos á la satisfaccion de toda la deuda, en cuyo caso se induce un prelegado á favor de los demas sin que se perjudique al acreedor, pues este podrá reconvenir á todos los herederos con respecto á sus partes, mediante la accion que se le adquirió contra todos por la

Universidad Rey Juan Carlos

la misma ley despues de la muerte del testador, en atencion á que aquel no puede ser precisado á mudar la obligacion adquirida, ó recibir otro idoneo promisor, ni el deudor puede apartar de sí la obligacion en que se halla (*n.* 15.).

16 Tantos son los contratos y obligaciones quantas son las cosas y cantidades deducidas en la convencion, aunque se expresen en una sola cláusula, así como son tantos los legados quantas son las cosas legadas en una sola oracion: pudiéndose comprobar esta doctrina con muchos exemplos que trae nuestro Gomez, y siendo digna de tenerse presente, porque de haber uno ó muchos contratos resultan diferentes efectos, entre los quales lo es el que si se juzga un solo contrato, no puede el deudor pagar en quanto á una sola parte, y si se contemplan muchos se puede satisfacer la deuda con respecto al uno sin embargo de que no se satisfaga con respecto al otro; si bien es cierto que vendiéndose muchas cosas por un solo precio, no se juzga mas que un contrato (*n.* 16.).

17 En los contratos y disposiciones pueden intervenir dos especies de solemnidad: una intrínseca y otra extrínseca. La intrínseca se dice *aquella que se comprehende necesariamente, ó es apta para comprehenderse por la naturaleza y significacion de las palabras que se profieren.* Esta solemnidad siempre se presume sino se prueba lo contrario, y por tanto hallándose escrito que alguno prometió por estipulacion, se entiende necesariamente haber intervenido la solemnidad de pregunta y respuesta; debiéndose en caso de duda dar á la palabra que tiene diversas significaciones, la que surta mayor efecto; pero lo que acabamos de decir acerca de la solemnidad intrínseca, solamente puede correr en la formal por ser uniforme, no en la material, en cuya atencion

Universidad Rey Juan Carlos

si se prueba por escritura ó por testigos la venta y no se prueba el precio, la solemnidad de este no se presume haber intervenido y de consiguiente no valdrá el contrato, porque esta solemnidad intrínseca material del precio no es uniforme y suele variar por muchos capítulos; bien que esto ha de entenderse quando se litiga principalmente sobre el precio ó por defecto de este del valimiento ó nulidad del contrato, mas no quando un tercer poseedor quiere probar que prescribió mediante el título, buena fe y transcurso del tiempo, y los testigos declaran que compró la cosa de Pedro, sin deponer del precio; pues entónces se juzga probado el título y de consiguiente la prescripcion: siendo de advertir que la solemnidad intrínseca no se presume en la prueba y declaracion de los testigos (*n.17. al princip. y al vers. Adde tamen circa prædicta.*).

18 La solemnidad extrínseca, que se llama *la que no se comprehende necesariamente, ni es apta para comprehenderse por la propia naturaleza y significacion de las palabras preferidas*; no se presume, como quando (ademas de otros exemplos) se halla escrito, que el menor vendió, porque en este caso no se ha de discurrir que intervino la autoridad del curador, decreto del Juez ó juramento, mediante á que tal solemnidad no se incluye baxo la palabra *vendió*; mas esta regla general debe limitarse en varios casos. El primero, quando el Escribano ó Notario dió fe de la tal solemnidad, y aseguró con toda individuacion haber intervenido; pues si dixo generalmente que intervino la solemnidad necesaria en el acto, no es suficiente, como tampoco lo es, no habiendo podido intervenir la solemnidad particular y especifica de que dan fe las dichas personas en el tiempo del instrumento. El segundo, quando el defecto de solemnidad no se opone por la parte, en cu-

Universidad Rey Juan Carlos

cuyo caso se presume haber intervenido, y el Juez de oficio no puede alegar ni oponer lo contrario. El tercero; quando se ha pasado mucho tiempo, mediante á que por la diuturnidad de este se presume la solemnidad extrínseca: y así omitiendo otros exemplos, aunque hoy la muger no puede contraer sin licencia del marido, poseyendo aquella largo tiempo cierta cosa por algun contrato con ciencia y paciencia del marido se presume haber mediado su permiso (*dic. n. vers. Solemnitas verò,* y *vers. Item adde quod licet.*).

19 En tanto es verdad que atendida la citada *ley* 2. por la promesa hecha al ausente se le adquiere á este accion directa, que le compete tambien la via executiva si la tal promesa se contiene en instrumento público guarentigio: no siendo de omitir que la mencionada ley real debe entenderse quando se dirigen las palabras al ausente, pues si se dirigen al procurador ó gestor de negocios, se requiere la cesion (*n.* 8. *vers. Hodie.*). Y así como por la citada ley si alguno estipula copulativamente diez para sí y otro extraño, á cada uno le pertenece la mitad (*n.* 19.); así tambien quando acepta en un modo alternativo para sí ó para otro, porque tanto en los contratos como en las últimas voluntades la diccion alternativa puesta entre personas á quienes se favorece, se resuelve en copulativa; debiendo esto entenderse quando el tercero fué nombrado en las palabras que inducen la substancia de la obligacion como en el caso propuesto, no si fue nombrado en las palabras respectivas á la execucion del acto ó de la paga, segun se advierte, v. gr. prometiendo alguno á Francisco veinte que habia de dar al mismo Francisco ó á Pedro, en cuyo caso este no adquiere accion, y se entiende mencionado solamente para recibir la paga, segun se verificaba por derecho civil respecto del tercero aun en el caso antecedente,

Universidad Rey Juan Carlos

te, por no poderse adquirir accion á un extraño: de modo que el deudor aun contra la voluntad del acreedor puede satisfacer á Pedro, sea pupilo, siervo ó de otra qualquiera condicion, sino que el acreedor ha pedido la deuda en juicio, y se ha contestado con él el pleyto, ó Pedro ha mudado de estado en perjuicio suyo, sabiéndolo el deudor, bien que á los herederos de Pedro no se puede satisfacer, como ni tampoco á su dueño si es siervo, por juzgarse la facultad de recibir la paga un hecho coherente á la persona (*n.* 20.).

20 Quando se celebra un contrato para dia cierto por diferir la paga, como si alguno promete á otro cierta cosa ó cantidad para el dia de San Pedro, al punto nace accion, aunque si el acreedor la intenta ántes del dia le obstará la excepcion; mas lo expuesto no puede correr quando en el contrato se pone un dia cierto sobre cosa no transitoria á los herederos, como si se promete á otro para el dia de San Juan el usufructo ó uso de alguna cosa, los alimentos ó cosa semejante, porque este dia se tiene por condicion. (*n.* 21.).

21 En atencion á la expuesta doctrina el deudor para dia cierto, bien sea por contrato, bien por última voluntad, bien por sentencia de Juez, bien por disposicion de ley puede satisfacer al acreedor aun contra su voluntad ántes del dia, lo qual no puede el deudor baxo condicion ó dia incierto; pero lo dicho tiene lugar quando la dilacion se puso por gracia y favor del deudor segun se presume en duda, no si se puso por beneficio del acreedor, porque entónces no se le puede satisfacer ántes del dia, y si la deuda consiste en especie, se le deben los frutos del medio tiempo (*n.* 22.).

22 Tambien con respecto á la expuesta doctrina si el deudor para dia cierto paga por error de de-

Universidad Rey Juan Carlos

derecho ó hecho ántes del dia, no puede repetir, como puede el deudor baxo condicion ó dia incierto, aunque si este satisface con cierta ciencia no puede repetir pendiente la condicion, segun puede faltando, porque nunca se presume que entregó con ánimo de donar sino con el de disolver la obligacion (*n.* 23.).

23 Asimismo en consideracion de la doctrina expuesta si el acreedor baxo condicion ó dia incierto reconviene en juicio á su deudor, puede el Juez repelerlo de oficio, si consta del libelo ó de los autos que la deuda es condicional ó para dia incierto, aunque la parte no oponga esta excepcion, por no haber nacido ni accion ni obligacion, cuyo defecto anularia el juicio (*n.* 24.), sino es que pendiente este se cumpliese la condicion, pues en tal caso por quanto el derecho de reconvenir no proviene de causa nacida despues de la contestacion y sí de causa antecedente, se confirma el juicio y puede seguirse la condenacion. Pero si el acreedor para dia cierto pide judicialmente ántes del dia, no oponiéndolo la parte puede el Juez condenar al deudor para que satisfaga al punto, si despues de celebrado puramente y perfecto el contrato se puso la dilacion, ó intervino el pacto de no pedir hasta tal dia cierto pasado algun intervalo, sin embargo de que esto conste del proceso: y si el dia cierto fue puesto por las partes en el mismo contrato, ó intervino incontinenti el pacto de no pedir hasta tal dia, puede y debe el Juez condenarlo á que satisfaga viniendo el dia puesto en el contrato ó pacto, si le consta al Juez de los autos, porque esta dilacion se adhirió á la obligacion desde el principio para diferir la paga y se juzga parte del contrato, en cuya virtud debe el Juez condenar segun fue celebrado; mas si la tal excepcion dilatoria se opone ántes de

con-

Universidad Rey Juan Carlos

contestarse el pleyto, impide el juicio y se repele al actor de su instancia, condenándolo en las costas y duplicando el tiempo que falta, si el reo lo pide: y aunque por derecho civil al que pedia ántes de verificarse la condicion solamente se le imponian las dos primeras penas, por derecho canónico tambien se duplica el tiempo que media desde la peticion hasta la exîstencia de la condicion. Y últimamente atendida la doctrina del *n.* 20. por la venida del dia cierto incurre el deudor en mora, pero no por la venida del dia incierto ó cumplimiento de la condicion, porque de otra suerte en un mismo tiempo se causaria la obligacion y contraeria la mora (*n.* 25. *ley* 45. *tit.* 2. *part.* 3.) (*a*): mayormente quando la obligacion condicional verificada la condicion no ha de obrar mas que la promesa pura, y esta no constituye al deudor en mora sin interpelacion. (*n.* 31.).

24 Prometiendo alguno dar ó pagar en el primer dia de Enero ó en el dia de San Juan, no expresando si en el próxîmo ó alguno de los siguientes, se entiende del primero: y lo mismo acontece si la promesa contiene tácita condicion por la naturaleza del acto ó de la cosa, y juntamente dia, como si alguno promete en las calendas el parto que ha de nacer, pues se entienden las próxîmas depues del nacimiento: limitándose lo dicho quando la promesa se hace para el dia de San Pedro en este mismo dia, en cuyo caso se entiende no del ac-

(*a*) La resolucion del primer miembro de la cláusula que principia *Pero* con dificultad puede admitirse principalmente en nuestro reyno, por quanto la *ley* 10. *tit.* 17. *libr.* 4. *de la Recop.* previene que se determinen los pleytos segun la verdad y no segun la sutileza del derecho (*n.* 26. *vers. Quatenus noster Gomez.*

Universidad Rey Juan Carlos

tual sino del siguiente. Prometiendo pagar ántes de las calendas, se entiende que promete para el último dia de ellas y de consiguiente ántes que se pasen. Prometiendo dar despues de algunos dias ó años, se entiende despues de dos dias ó dos años, porque en qualquiera disposicion la locucion plural se verifica con el número de dos. Prometiendo dar en algun tiempo ó alguna vez, se halla obligado el promitente luego que pueda despues que le fuere pedido, lo qual se verifica tambien en las últimas voluntades si el heredero es gravado del mismo modo. Y finalmente prometiéndose ó legándose ciento en tres términos, se entiende que en tres años y que en cada uno ha de satisfacerse la tercera parte (*núm.* 26.).

25 El tiempo se puede poner en la disposicion por muchas causas. Si se pone por demostrar prontitud y celeridad, como si alguno promete dar ó pagar hoy, se puede reconvenir al punto sin aguardar á que pase el dia, porque del mismo hecho de prometer en el dia presente se colige que no lo mencionó por dilatar la paga sino por pagar inmediatamente: si se expresa por diferir el pago, como si se prometa dar en este año ó mes, se ha de hacer al fin del tiempo. Si se menciona el tiempo por dilatar la paga, pero con palabras que denoten perfeccion de él, v. gr. prometiendo dar alguna cosa despues del año; no se debe sino al fin de este. Si se exprime tambien por diferir, mas las palabras se dirigen al acreedor, como si se promete á Diego algun dinero ó cantidad que pueda pedir dentro del año, desde el principio puede reconvenir al promitente. Si se especifica por multiplicar lo prometido, v. gr. ofreciendo alguno á otro cierta cantidad en cada año, en el principio de qualquiera se debe y puede pedirse, segun se observa tambien en las últimas voluntades. Ultimamente si se refiere el tiempo en la disposicion

con respecto á cierta causa ó necesidad, como si se promete ó lega á otro en qualquiera año por enseñar, no se debe lo ofrecido en cierto tiempo determinado sino en el que durase la causa ó necesidad (*núm.* 27.).

26 Quando el contrato se celebra baxo condicion, no nace accion ni obligacion, y la substancia del contrato, su virtud y efecto estan pendientes hasta que se cumpla la condicion, bien sea expresa, bien tácita, como si se promete alguna dote que se entiende baxo la condicion, si se verifican las bodas (*n.* 28. *ley* 12. *tít.* 11. *part.* 5.).

27 El deudor condicional y aun el deudor para dia cierto no se dice con propiedad deudor, porque aquel se llama propia y verdaderamente del qual se puede sin dilacion exîgir la deuda. En este supuesto si el testador lega á otro lo que le debe Francisco, se entiende legar tan solo la deuda pura al tiempo de la disposicion: y si el acreedor cede á alguno por contrato los derechos que le competen contra otro, en la tal cesion se comprehenden las deudas puras no las condicionales ni respectivas á dia cierto, sino que las hay solamente de esta especie, pues entónces á ellas se refiere la disposicion del contrato ó última voluntad (*dic. n. vers. Ex quibus colligitur.*).

28 Pero aunque pendiente la condicion no nazca accion ni haya verdadero deudor, hay cierta esperanza aprobada por derecho que induce algunos efectos notables, es á saber, la transmision á los herederos, la translacion de dominio si en el entretanto se hace la entrega, y el que haciéndose sospechoso el deudor despues del contrato, tiene que prestar caucion de pagar si se verifica la condicion; mas no surte el efecto de que vendiéndose alguna cosa de patrimonio ó abolengo baxo condicion, pueda retraerla el mas próxîmo pariente prestando la dicha caucion, por-

porque ántes de purificarse la condicion no hay contrato ni obligacion, aunque se cause algun derecho en esperanza: y así los nueve dias del retracto principian á correr desde que se hizo la entrega habiéndose cumplido la condicion, pues si se hizo la tradicion ántes de su cumplimiento no corren hasta este tiempo, sin embargo de que se traspasa el dominio, mediante á que el que recibe no se hace señor por el título de venta, sino por el título *pro suo* causado por la tradicion que despues se confirma por el primer título; bien que en la venta pura, ya se pague inmediatamente el precio, ya se fie, siempre se principian á contar los nueve dias desde el de la tradicion, y en el último caso el que retraiga ha de dar suficientes fianzas de pagar en el tiempo que estaba obligado el comprador (*n.* 29.) (*I*).

29 Verificándose la condicion vale el contrato como si hubiese sido celebrado puramente, y surte todos los efectos que surtiria una promesa ú obligacion pura y líquida, entre los quales lo es que pueda executarse. Y en tanto es verdad que vale el contrato purificada la condicion, que su cumplimiento se retrotrae al tiempo del mismo contrato: por cuyo fundamento en este se ha de considerar la capacidad ó incapacidad del acreedor, no en el tiempo que exîste la condicion: si alguno promete á otro cier-

(*I*) En mi concepto es mas verdadera la opinion que lleva principian á contarse los nueve dias desde el de la venta, siendo el aquiles ó principal argumento la *ley* 7. *tít.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* por aquellas palabras: *y despues que fuere vendida hasta nueve dias.* Síguenla los mas de los AA. entre los quales se numeran el Señor Covarrubias (3. *variar. cap.* 11. *n.* 2.), el Hermos. (*leg.* 55. *tít.* 5. *part.* 5. *gloss.* 8. *á n.* 25.) el Acev. (*dic. l.* 7. *n.* 62.) el Gutierr. (*lib.* 2. *quæst.* 152.) y el Matienzo (*dic. leg. glos.* 6.) donde dice que es la mas recibida en práctica.

Universidad Rey Juan Carlos

cierta cosa baxo condicion y le obliga sus bienes, y despues contrae con otro puramente y tambien le hipoteca sus bienes, verificándose la condicion y concurriendo ambos acreedores se prefiere el primero condicional: y aunque pendiente la condicion no se debe alcabala, verificada se debe y pertenece al arrendador del tiempo del contrato (*núm.* 30. *ley* 32. *tít.* 13. *part.* 5.) (*a*).

30 Estos efectos se han de entender en la condicion casual no en la potestativa puesta en la facultad del acreedor, la qual no se retrotrae porque está en su mano el cumplirla, y si no la cumple á él se ha de imputar y cesa la equidad de la ficcion. Tampoco se retrotrae la condicion puesta en un contrato anual y multiplicable aunque sea casual, como si alguno promete á otro en qualquiera año cierta cantidad baxo condicion; pues desde que esta se verifica empieza á deberse anualmente la cantidad estipulada y no ántes, porque seria injusto gravar al promitente á que satisfaciese por todo el tiempo preterido ántes de la exîstencia de la condicion (*dic. n. vers. Limita y vers. Secundò.*).

31 Para que la condicion puesta en el contrato se retrotraiga, es indispensable que en el tiempo que exîste se hallen los extremos hábiles; pues si alguno se halla inhábil ó por parte de la persona ó por parte de la cosa deducida en el contrato, sucede lo contrario, mediante á que toda ficcion translativa de tiempo á tiempo requiere dos extremos hábiles, es á saber, el tiempo á que se extiende y el tiempo desde que principia. Por defecto del primer extremo hábil aunque la donacion entre marido y muger se confirma con la muerte, y se retrotrae al tiempo en que se hizo la donacion en quanto á los frutos del medio tiempo,

(*a*) La condicion en el contrato no se retrotrae en perjuicio de tercero (*núm.* 31. *vers. Implementum.*).

Universidad Rey Juan Carlos

po, no se retrotrae en quanto al dominio, porque durante el matrimonio no pudo transferirse por aquel título inhábil de donacion, y así como la ley no puede fingir sobre un imposible de hecho, tampoco sobre un imposible de derecho, por quanto se contradiria fingiendo valer lo mismo que reprueba ó anula. Y por falta del segundo extremo hábil si la cosa debida baxo condicion ha perecido en el tiempo en que exîsta, no nace accion de tal contrato ni se retrotrae el cumplimiento de la condicion (*dic. n. vers. Tertiò & principaliter*) (*I*).

32 Si el contrato además de la condicion tácita ó expresa contiene dia, y este se agrega á la substancia de la obligacion, como si alguno promete á otro ciento que se han de pagar dentro de un año *si la nave viniere del Asia*; no basta que exîsta la condicion, sino tambien se requiere que pase el dia, debiendo siempre entenderse el próxîmo despues de la exîstencia de la condicion. Lo mismo acontece quando el dia se adhiere á la misma condicion, y esta pende del hecho y voluntad del deudor, como: *te prometo ciento, si hago ó no hago cierta cosa dentro del año*: porque dexando el deudor en su potestad el cumplimiento de la condicion, da á entender por expresar dia que no quiere obligarse ántes, y se conceptua que uno y otro se puso en su favor por dilatar la paga. Tambien acontece lo mismo si se añade alguna diccion que signifique extremidad de tiempo,

(*I*) Con arreglo á nuestro derecho ninguno deberá ser admitido á retraer la cosa de abolengo vendida en nombre del consanguineo, en atencion á que aquel dispone que el pariente que intente este derecho, haya de jurar que quiere la cosa para sí, y tal juramento no puede otro prestarlo por él á causa de ser personal. Así lo siente nuestro Autor *en este n. vers. Secundò infero*, sin embargo de lo que expresa *en el n. 3. cap. 1. tom. 1.* y trasladamos al *comp. n. 2. del mismo cap.*

Universidad Rey Juan Carlos

po, pues entónces se espera al dia, bien se adhiera á la obligacion, bien á la condicion, bien esta dependa de hecho del deudor, bien de otro, como si alguno diga: *si dentro del año aconteciese ó no aconteciese tal cosa, desde entónces te prometo veinte*; por ser la intencion del promitente de que se espere todo el tiempo; pero quando el dia se agrega no á la obligacion sino á la condicion, y esta depende del hecho de otro que no sea el deudor ó de los accidentes y casualidades, no se espera el dia y basta que exîsta la condicion (*n.* 32. *ley* 17. *tít.* 11. *part.* 5.) (*I*).

33 En los casos que el contrato contiene condicion y dia y se requiere el cumplimiento de ambos, si el tal dia no es cierto y determinado sino en género y reiterable, como si se promete dentro de un año baxo alguna condicion, principia á correr el dia desde el tiempo que se purificó la condicion; mas si el tal dia es cierto y no variable, como si se promete para el dia de San Juan de cierto año tambien baxo condicion, principia á correr desde el tiempo del contrato, y por esto si quando exîstiese la condicion habia llegado el dia de San Juan, al punto se debe lo prometido y no se ha de aguardar otro tal dia (*núm.* 33.).

34 Quando Pedro por contrato ó última voluntad dexa á Francisco cierto usufructo ó cosa no transitoria á los herederos por el término de diez años con el gravámen de que despues la restituya á Diego, muriendo Francisco ántes de los diez años se ha de hacer inmediatamente la restitucion á Diego: por-

(*I*) He aquí un exemplo respectivo á este último caso. Francisco promete ciento á Diego si Juan no viniere á España ántes del primer dia de Junio; pues inmediatamente que se verifique que no puede venir ántes del dicho dia, aunque este no haya llegado, se debe la expresada cantidad.

Universidad Rey Juan Carlos

porque la dilacion se juzga puesta en favor del primer favorecido, creyendo el donante ó testador que habia de vivir el referido tiempo, y por tanto sí ántes muere, por su voluntad tácita se restituirá á Diego la cosa. Lo propio se advierte quando el testador dexa á su muger algun legado con la condicion si no se casare, y con el cargo de restituir despues de su muerte á Manuel; pues al punto que se case, pierde el legado y se ha de restituir á este por otra razon semejante á la que acabamos de exponer; sin que obste que conteniendo la disposicion, condicion y dia se requiere el cumplimiento de ambos, mediante á que esto procede en el dia cierto, no en el incierto qual es el de la muerte (*núm.* 34.). Mas si la madre no admite la tutela del hijo ni pide que se le dé tutor, aunque muera impúbero al fin del año que por ley se le concede para pedirlo, de tal suerte que en lo restante seria imposible discernir la tutela atendidas las solemnidades que en este acto se requieren, no se priva de la sucesion del impúbero, porque todo el año se puso en utilidad de la madre, y así de todo él ha de gozar, mayormente quando se trata de imponer pena y ninguna ley manda que en este caso se imponga: siendo digno de advertir que si alguno apela en el primer dia de los cinco que se conceden para ello, desde entónces principia á correr el término establecido para proseguir la apelacion, por quanto la intencion de la ley parece ser que la segunda dilacion corra desde el fin de la primera, quando se apela en el último dia, no si se apela ántes (*núm.* 35.) (*a*).

35 Aun-

(*a*) Lo contrario vemos siempre practicar en la apelacion al cabildo de la ciudad ó villa, es a saber, que corra todo el término sin embargo de que se apele ántes del quinto dia (*núm.* 36. *vers. Quod terminus.*).

Universidad Rey Juan Carlos

35 Aunque en las últimas voluntades toda disposicion condicional no pasa á los herederos del acreedor, sea la condicion de la clase que fuese, en los contratos el acto condicional se transmite á los herederos así del acreedor como del deudor; pues en los contratos interviene hecho de aquel que en duda se conceptua mirar por sí y sus herederos, y en las últimas disposiciones no media hecho del legatario ó fideicomisario, mirándose solo los méritos de estos, no los de sus herederos por ser inciertos é incógnitos al testador: y aunque atendido este fundamento parece que la promesa ó donacion hecha al ausente baxo condicion no se traspasa muerto el acreedor á sus herederos, por no intervenir hecho, de parte de aquel, mediante el qual se conceptue que mira por sus herederos; sin embargo sucede lo contrario, en atencion á que adquiriendo inmediatamente el ausente á lo ménos por la esperanza de la promesa condicional como si se hiciera al presente, por suplir la ley el hecho y presencia del acreedor, se ha de entender la adquisicion con todas las qualidades correspondientes; pero lo expuesto acerca de la transmision en los contratos no siempre tiene lugar en la condicion potestativa con respecto al acreedor, v. gr. *si este quisiere*; porque se admite diferencia entre los contratos lucrativos y onerosos. En aquellos no pasa á los herederos la dicha condicion por conceptuarse culpado el acreedor no cumpliéndola en su vida, y sí en estos para que no se siga perjuicio al otro contrayente (*núm.* 36.).

36 El derecho ó esperanza de la condicion potestativa que se ha de cumplir por algun tercero, muy bien pasa á los herederos tanto del acreedor como del deudor, y así prometiéndome alguno ciento si el tercero hiciere tal cosa, muerto yo ó el prometedor ántes que el tercero lo haga, se transfiere

á

Universidad Rey Juan Carlos

á los herederos como aquel la cumpla por sí, no por su heredero ú otra persona: y si alguno prometiese por algun amigo el satisfacer lo que constase estar debiendo ajustadas cuentas, no queda obligado no haciéndose la liquidacion viviendo el deudor, siempre que las partes se conviniesen en que se hiciera en vida de este, porque faltando esta convencion, como que el contrato es puro y transitorio á los herederos, queda obligado el promitente aunque la liquidacion se haga verificada la muerte del deudor: debiendo advertirse que todo lo antedicho corre del mismo modo que en la condicion afirmativa, en la negativa, como si se promete á otro si no hiciere tal cosa: la qual condicion no puede verificarse hasta que estemos ciertos de que no se puede hacer, ya por muerte, ya por otro impedimento natural y perpetuo (*dic. n. vers. Item adde quod jus.*).

37 En las últimas voluntades concebidas baxo alguna condicion negativa que en vida no puede cumplirse, bien se hable de las instituciones universales, bien de los legados ó fideicomisos particulares, tiene lugar la caucion muciana, cuya forma y virtud consiste en que el heredero, legatario ó fideicomisario perciba inmediatamente lo que se le dexa, prestando caucion de que si la condicion no se verifica, restituirá los bienes á las personas á quienes pertenecerian si no se hubieran dexado baxo condicion, con respecto á las herencias á los herederos abintestato y con respecto á los legados ó fideicomisos á los herederos escritos; pero en los contratos concebidos baxo condicion negativa puesta en la persona del acreedor no puede este conseguir la deuda prestando la dicha caucion, porque la tal condicion importa lo mismo que si la promesa se confiriere para el tiempo de la muerte, como si yo estipulo veinte que me pro-

Universidad Rey Juan Carlos

meten si no voy á Sevilla. Consiste la razon de diferencia en que si en las últimas voluntades no se prestase la caucion muciana, lo que se dexara baxo condicion negativa seria inútil, por no transmitirse lo dexado condicionalmente en las últimas voluntades, lo qual no acontece en los contratos. Por este fundamento si se deduce en el contrato alguna cosa no transmisible, como si se prometen los alimentos á Pedro si no hiciere tal cosa; prestando la caucion muciana al punto podrá obtenerlos, mediante á que de otra suerte la disposicion no surtiria efecto. Tampoco tiene lugar la caucion muciana en la condicion negativa puesta en la persona del deudor que en defecto de ella tiene que prestar alguna cosa, pues entónces ántes que conste que no puede cumplirla, no se halla obligado, y si la condicion negativa se pone en la persona de un tercero, ni aun en las últimas voluntades tiene lugar la referida caucion (*núm.* 37. *ley* 7. *tít.* 4. *part.* 6.).

38 Todo lo expuesto acerca de la condicion no puede correr en la de presente ó pretérito, por no ser propiamente condicion, y así todos los actos formalizados baxo de ella se tienen por puros. Lo mismo sucede en la condicion necesaria no suspensiva, como si alguno promete á otro si no tocase con el dedo al cielo; pues si es condicion necesaria que depende de lo futuro, como, *te prometo ciento si muero*; bien se haga la promesa con la diccion *sí*, bien con la diccion *quando*, se ha de esperar al dia de la muerte; mas si la condicion es imposible de hecho ó de derecho vicia y anula el contrato, sea de buena fe, sea de riguroso derecho, en atencion á que se conceptua que el promitente no tiene ánimo de obligarse. Tambien vicia el distracto y liberacion favorable, y aun la sentencia, porque mas bien se equi-

pa-

Universidad Rey Juan Carlos

para al contrato que á la última voluntad, atendiendo á que las partes quasi contraen en juicio (*dic. n. vers. Advertendum tamen*, *ley* 12. *tit.* 11. *part.* 5. *ley* 17. *del mismo tít. la qual se debe emendar poniendo en lugar de* si tanxieres, si non tanxieres, *segun se halla en libros manuscritos*; *y ley* 3. *tít.* 4. *part.* 6. *Pueden verse los nn.* 59 *y* 60. *cap.* 12. *tom.* 1. *del comp. y el* 67. *del Gomez.*).

39 En el contrato alternativo si la alternativa se pone en cosas que no tiene lugar la afeccion, v. gr. en el dinero ó en el tiempo, como si se prometen diez ó quince, ó se ofrece pagar dentro de un año ó de dos, *ipso jure* no se halla obligado el deudor sino en la menor cantidad y en el mayor tiempo, esto es, en los diez y dentro de un bienio, porque la ley siempre presume que pagará lo mínimo, en cuyo supuesto si elige y paga la mayor cantidad, el exceso será no por virtud del contrato sino por virtud de una donacion (*núm.* 38.); mas si la alternativa se pone entre cosas que tiene lugar la afeccion, ambas se hallan deducidas en el contrato, y aunque este se dice único respecto de las palabras y de la paga, se pueden decir muchas las obligaciones respecto de las cosas: y en el presente caso pertenece la eleccion al deudor, ya sea en contrato oneroso, ya en lucrativo, siempre que se haga llanamente la promesa alternativa, no si se dirigen las palabras al acreedor (*n.* 39. *ley* 24. *tít.* 11. *part.* 5.).

40 Pereciendo alguna cosa de las debidas alternativamente, como que una no se debe por razon de la otra sino principalmente y de por sí, queda en la otra la obligacion y el deudor se halla obligado á pagarla, á no ser que pereciese por culpa ó mora del acreedor, como si le fué ofrecida y no quiso recibirla, porque pereciendo despues se libra el deudor

Universidad Rey Juan Carlos

dor absolutamente; bien que lo dicho debe entenderse quando pereció la cosa mejor y queda la de ménos precio, pues si sucede lo contrario satisface el deudor con entregar el valor de la cosa perdida: infiriéndose de lo dicho que el acreedor alternativo no puede pedir una de las cosas debidas alternativamente, y debe concebir el libelo en un modo alternativo segun la naturaleza del contrato, mediante á que de otra suerte será condenado en las costas y el actor absuelto de la instancia del juicio (*núm.* 40. *ley* 23. *tít.* 11. *part.* 5. *y ley* 15. *tít.* 2. *part.* 3.).

41 Muerto el deudor que debe elegir, ó el acreedor en el caso que le pertenece la eleccion, así en los contratos como en las últimas voluntades se transmite este derecho á los herederos, pues pasando la obligacion principal tambien ha de pasar lo acesorio. No se opone el que el derecho y facultad de declarar no se transfiere á los herederos, porque esto procede quando compete por disposicion de ley ó quando compete para el cómodo de otro, no si compete por contrato y disposicion de las partes en utilidad del que elige ó declara. De esta doctrina se deduce que aquel á quien fué concedida la facultad de mejorar á uno de los hijos del testador, no la transmite, aunque si el Juez condena á alguno en la pena de destierro segun su arbitrio y voluntad, la tal declaracion pasa al sucesor en el oficio, por quanto el Juez impuso la pena como persona pública no como privada, y así el sucesor declarará el tiempo del destierro segun la qualidad del delito, de la persona y de la prueba (*núm.* 41.).

42 En la alternativa de los remedios la eleccion pertenece al acreedor á quien competen, por entenderse concedidos en su favor y para su seguridad. En este supuesto si el deudor promete pagar en cierto

Universidad Rey Juan Carlos

to término, ó dar fiadores ó hipotecas, puede el acreedor pedir la deuda llegando el término y no recibir los fiadores ni las prendas; pero si la alternativa se puso por favor del deudor, á él pertenece el elegir, y por tanto quando alguno promete cierta dote para que su hija se case ó entre en monasterio, y tambien promete ínterin paga, cierta cantidad en cada año, está en la facultad del promitente el pagar la dote ó la cantidad que se expresó en cada año, sin que pueda exîgírsele precisamente lo primero: con advertencia que la tal promesa no es usuraria, por subrogarse la pension dicha en lugar de los frutos que pertenecerian al marido ó monasterio. (*núm.* 42.).

43 En las últimas voluntades si las palabras del legado ó disposicion se dirigen al legatario, este debe elegir, si al heredero, pertenece la eleccion á este, y si á ninguno se refieren por preferirse genérica y absolutamente, en duda debe elegir el mismo legatario siendo esto especial en las disposiciones finales (*núm.* 43.).

44 En el caso que el acreedor ó legatario que tiene derecho de elegir, pida y elija la cosa de ménos valor por error de hecho ó de derecho creyendo que la tal facultad no le pertenece, no puede variar ni le compete la condicion *indebiti* ni otro remedio alguno, en atencion á que ambas cosas fuéron deducidas en el contrato, y no hubo error en la cosa debida ni en causa substancial sino en la accesoria y extrínseca (*dic. n. vers. Item adde.*).

45 Hay un contrato anual por el que se multiplica la obligacion, como si se promete dar á otro cierta cantidad ó cosa en cada año, el qual es muy diverso del legado anual. En primer lugar se diferencian en que en el contrato es una y pura la prome-

sa

Universidad Rey Juan Carlos

sa y una la accion que nace inmediatamente por todos los años futuros, y en el legado aunque al punto nace accion y obligacion por el primer año, no por los siguientes á causa de ser condicional con respecto á estos. En segundo lugar se diferencian en que en el primero no se contienen muchos contratos y promesas, y en el segundo se comprehenden muchos legados, por cuyo motivo como que la capacidad de la persona á quien se debe adquirir, se mira en el contrato al tiempo de él, si en este el acreedor á quien se hizo la promesa, era hijo de familia ó siervo, aunque despues se emancipe ó manumita, se adquiere al padre ó al señor: lo qual no acontece en el legado anual, pues conteniendo muchos, en cada año de por sí se considera la habilidad del legatario, y por tanto si en el primer año estaba en la potestad no en los demas, en el primer año adquirirá el padre ó el señor y en los siguientes el mismo legatario. Asimismo por la expresada diversidad en el contrato el lapso de cada año constituye al deudor en mora sin ninguna interpelacion, no en el legado, porque comprehendiendo muchos y condicionales se causaria en un mismo tiempo la obligacion y la mora (*n.* 44. *Véase el n.* 23. *de este cap. al fin.*). Igualmente por la dicha diferencia si el deudor por el contrato dexa de pagar en el término de treinta años, se juzga prescripta la obligacion y promesa por el primer año y siguientes, mediante á ser una y uniforme por todos; pero en el legado por contener muchos y condicionales, solamente hay prescripcion por el primer año no por los demas, y así despues del transcurso de cada año principia y se requiere una prescripcion nueva (*núm.* 45. (*a*).

46 En

(*a*) Muchos y clásicos AA. llevan como mas verdadero, que in-

46 En tercer lugar se diferencian en que el contrato anual celebrado llanamente, bien por causa onerosa, bien por causa lucrativa, por lo regular es perpetuo y transitorio á los herederos del acreedor *ipso jure* y con efecto; y el legado anual como que es puro por el primer año y condicional por los siguientes, muerto el legatario transmitirá á sus herederos solo la deuda del primer año. El fundamento de esta diversidad consiste en que el legado se dexa al legatario por afecto y por sus méritos, baxo cuyo supuesto necesariamente ha de entenderse la condicion *si viva*; y en el contrato se atienden únicamente las palabras y el vínculo de la obligacion. Dixe *por lo regular*, porque sucede lo contrario quando consta por algunas conjeturas que la intencion de las partes fué que no pasara á los herederos; v. gr. si la promesa anual se hizo á un pobre por causa lucrativa, en cuyo caso se conceptua hecha por los alimentos que segun su naturaleza no pasan á los herederos. Del mismo modo sucede lo contrario quando el acreedor tiene que cumplir alguna cosa adaptada á su persona, como si fué hecha la promesa anual al Abogado, al Médico ó á otro perito en algun arte, pues entónces se juzga condicional y respectiva, y aun en este caso el acreedor y el que promete pueden cesar en lo estipulado quando quieran, mediante á que se contempla hecha la promesa por el tiempo que permanezcan en una misma voluntad (*núm.* 46.).

47 La promesa y legado anual convienen en el modo y forma de la peticion y condenacion, porque en ambos puede el acreedor pedir que se declare el

indistintamente la prescripcion completa se entiende tan solo por el primer año no por los siguientes (*núm.* 46.).

Universidad Rey Juan Carlos

el derecho que le compete, y se condene al deudor no tan solo por la deuda del primer año sino tambien por las de los siguientes, lo qual es de un grande efecto, por quanto así no se halla obligado el acreedor á litigar y probar su derecho cada año, y despues del lapso de qualquiera se executará la sentencia; pues sin embargo de que la promesa anual es con respecto á dia y el legado es condicional por los años futuros, y en uno y otro no ha llegado el dia de modo que se pueda pedir con efecto, siendo la obligacion siempre pura de presente por el primer año, en su virtud y por conseqüencia puede hacerse la peticion y condenacion sobre los venideros (*núm.* 47.).

48 Con el motivo de la promesa y legado anual es de advertir, que si el testador lega llanamente á ciudad ó persona privada cierta cantidad ó alguna otra cosa para un dia reiterable, v. gr. el de San Juan; se ha de entender perpetuamente en cada año y no una vez tan sola en el primero, siempre que el dia sea propia é igualmente reiterable así un año como otro no de lo contrario, como si alguno dexa cierta cantidad para que se distribuya entre pobres el dia de su muerte ó el de sus exêquias. Tambien es de advertir que si el testador lega á alguno ciento hasta que se case, no se entiende que le lega ciento sola una vez sino en cada año ántes de contraer matrimonio: en cuya atencion si alguno lega ó promete determinada cantidad á Francisco para miéntras viva, bien sea esté rico, bien sea pobre, debe conceptuarse que el legado ó promesa es anual y perpetua por todo el tiempo de su vida. Ultimamente es de advertir, que si el testador grava al heredero á que pague á alguno lo que el mismo testador acostumbraba darle; tan solo se halla obliga-
do

Universidad Rey Juan Carlos

do á dar lo que este prestaba ordinariamente y en cierto modo cada año, no lo que daba en un modo incierto y fuera de lo ordinario segun su voluntad; bien es verdad que si el testador de diverso modo prestaba en su vida y en el tiempo de la muerte, ha de arreglarse el heredero por lo que en este tiempo se contribuia (*núm.* 48.) (*a*).

49 Tambien hay un contrato en género, como quando se promete á otro un siervo ó un caballo sin determinar la cosa en especie, en cuyo caso nace accion y obligacion, valiendo esta promesa aunque incierta, por no serlo de un todo, mediante á que se restringe á un género subalterno, y quedando libre el deudor con entregar una cosa de las contenidas en el género (*núm.* 49.): y en este contrato ó promision genérica, bien tenga el que promete en su patrimonio cosas del género de que se prometió alguna, bien carezca de ellas, siempre está obligado á dar una idónea y mediocre, sin que pueda ser compelido á entregarla de las que se hallen en su patrimonio; aunque en las últimas voluntades debe hacerse la solucion de las cosas que dexó el difunto en su patrimonio (*n.* 50. *Véase el n.* 30. *cap.* 12. *tom.* 1. *de este comp.*).

50 El deudor ante todas cosas se ha de citar y no poner preso, bien sea la causa ardua, bien sea de poca consideracion, bien la causa pecuniaria descienda de contrato, bien de delito, de tal suerte que puede resistir y evitar con armas esta injuria; mas despues de citado y emplazado si hecha execucion no se en-

(*a*) Juzga nuestro Aillon mas verídico que lo que se dexa para dia reiterable como el de San Juan, por lo regular ha de prestarse sola una vez, no perpetuamente en todos los años, sino que concurra alguna conjetura de las que expresa el Menochio *de præsumpt. lib.* 4. *præsumptione* 132. *per totam* (*n.* 49.).

Universidad Rey Juan Carlos

encuentran bienes, puede ponerse preso, aunque en los dias pascuales dando fiador debe dársele libertad, como se evidencia de que en tales dias no puede procederse á su captura ni hacerse execucion en su persona y bienes (*n.* 51. *ley* 1. *y otras muchas que le siguen tit. fin. part.* 5.) (*a*) (*I*).

51 Haciendo cesion y renuncia de sus bienes el deudor, evitará la captura, pero el acreedor con autoridad del Juez podrá ocupar sus bienes sin dexarle mas que el vestido ordinario, aun siendo quien debe muger, la qual no puede ser presa sino que es meretriz (*n.* 52. *dic. ley* 1. *y ley* 62. *de Toro, hoy la* 10. *tit.* 3. *lib.* 5. *de la Recop.*).

52 De este beneficio de la cesion de bienes no goza el deudor que enagena sus bienes dolosa y fraudulentamente, por cuyo motivo puede el Juez castigarlo con pena arbitraria; ni tampoco el fiador puede gozar de la cesion de bienes del deudor y se halla obligado *in solidum*. Esta cesion aprovecha al deudor, por quanto en los bienes adquiridos despues solo puede ser reconvenido en quanto pueda hacer: advir-

(*a*) El deudor condenado por sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada ú obligado en instrumento guarentigio, si no señala bienes en los que se trabe la execucion, ó no da fiador que asegure ser suyos los bienes y que son suficientes para pagar, entónces debe ponerse preso y no ántes, á no ser que la deuda pertenezca al fisco (*n.* 52.).

(*I*) Sobre este punto es muy útil y plausible la Real Pragmática de 27 de Mayo de 1786, en la que S. M. á consulta del Consejo se ha servido mandar que á los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y á los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas: exceptuando todos los casos en que se proceda contra ellos por deuda del fisco, y las que provengan de delito ó quasi delito.

Universidad Rey Juan Carlos

virtiéndose que si el deudor es reconvenido civilmente por delito, no se libra con la cesion y entónces ha de satisfacer con pena corporal; bien es verdad que en el dia no tienen lugar la cesion y sus efectos, porque no pagando el deudor se entrega á los acreedores para que los sirva (*dic. n. vers. Item adde quod talis*, *ley* 3. *tít. fin. part.* 5. *leyes* 4, 5, 6 *y* 7. *tít.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.*) (*I*).

53 El noble no puede ser preso por deuda, en tales términos que aun acontece lo mismo quando ha renunciado de tal privilegio, por haberse concedido por favor de toda la nobleza, á no ser que negase serlo al tiempo del contrato, pues entónces no goza del privilegio por razon del dolo cometido (*n.* 54. *ley* 14. *tít.* 2. *lib.* 6. *de la Recop.*).

54 Muerto el deudor no pueden los acreedores en ningun caso detener el cadáver é impedir que se sepulte, ya porque ni en el hombre libre ni en su cuerpo tiene lugar la prenda ó hipoteca, y ya porque semejante detencion de ningun modo es útil al acreedor, ántes por el contrario perjudicial á él y á la república, á causa del pestífero olor que puede originar alguna epidemia (*n.* 56. *leyes* 12 *y* 13. *tít.* 9 *part.* 7. *y ley fin. tít.* 13. *part.* 1.).

55 Si la deuda es pura ó se ha purificado, no es necesario que preste el deudor caucion de pagar, mediante á que puede entónces reconvenirlo inmediatamente el acreedor y usar de otros remedios convenientes; mas si la deuda es condicional ó respectiva á cierto dia, aunque siendo el deudor sospechoso al tiempo del contrato no puede pedir el acreedor

(*I*) Estas leyes recopiladas que disponen lo contenido al fin de este núm. no se observan, por lo que es inútil disputar, como lo hace el Autor, si debiendo el marido á su muger podrá ser entregado á esta para que la sirva.

Universidad Rey Juan Carlos

dor la dicha caucion, por debérsele imputar que contraxo con él; sí puede pedirla haciéndose sospechoso, bien por culpa suya, bien por caso fortuito, despues del contrato ántes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, y tiene que prestarla el deudor de pagar quando aquel llegue ó esta se cumpla dando fiador idóneo; pues de lo contrario será puesto preso, sin que se excuse con la caucion juratoria no teniéndolo, y aun se le puede prohibir por el Juez que enagene sus bienes: no siendo de omitir que para hacer la prueba de sospecha no se necesita citar al deudor si se teme su fuga (*n.* 57.).

CAPITULO XII.

De los dos reos.

1 Quando dos ó mas se obligan llanamente, ya sea en contrato oneroso, ya sea en contrato lucrativo, cada uno queda obligado solamente por igual parte, no *in solidum*, y por el contrario si dos ó mas son los acreedores, á qualquiera le compete la accion por parte aunque en la persona de alguno no valga el contrato: y lo mismo sucede en la sentencia si muchos son condenados simplemente; pero lo dicho se ha de entender prometiéndose cosa dividua, no individua como la servidumbre, pues en tal caso cada reo se halla obligado *in solidum* y á cada acreedor se le adquiere accion *in solidum.* Lo propio acontece, si las partes se convienen en obligarse *in solidum* en qualquiera especie de contrato expresa, ó tácitamente por haberse puesto alguna palabra distributiva; v. gr. *que qualquiera prometia*: advirtiéndose que uno de los reos se puede obligar puramente y otro *in diem* ó baxo condicion (*núm.* 1.).

2 Sin embargo de que los reos se hayan obligado

do *in solidum*, han de ser reconvenidos por su parte, á no ser que alguno de ellos esté pobre ó ausente, ó se haya renunciado el beneficio de la division, en cuyo último caso si el acreedor reconviene á alguno *in solidum*, ha de protestar que se contentará con una sola paga: y habiendo alguno de los deudores disfrutado toda la utilidad y siendo reconvenido el otro, aunque se haya renunciado el dicho beneficio, podrá este excepcionar que á sus expensas sea aquel reconvenido primeramente (*núm.* 2. *ley* 12. *tít.* 12. *part.* 5.) (*a*).

3 Si uno de los reos de deber por causa onerosa paga *in solidum*, y todos se han utilizado, puede reconvenirlos con respecto á las partes que les tocáron, y si él solo percibió la utilidad, nada puede repetir, segun sucederia si fuesen reos de deber por causa lucrativa: y por el contrario si uno de los reos de estipular recibe la paga de toda la deuda, siendo por causa onerosa tiene que comunicarla con los demas, y no, siendo por causa lucrativa, sino que son socios (*núm.* 3.).

CAPITULO XIII.

De los fiadores.

1 Pues que ya hemos hablado de los que se obligan principalmente por sí, tratarémos ahora de los que se obligan por otros para que mas bien pueda cobrarse la deuda, como son los fiadores, esto es, *aquellos que prometen solemnemente pagar en el*

(*a*) Por la *ley* 1. *tít.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* sienten muchos AA. que si dos reos se obligan *in solidum*, no les compete el beneficio de la division (*núm.* 3. *vers. Sed quid hodie*).

Universidad Rey Juan Carlos

el mismo lugar y tiempo la cosa ó dinero que otro debe. Su obligacion puede agregarse á la principal, bien sea civil y natural juntamente, bien natural, ó bien civil tan solo: y aun el fiador puede obligarse por el que se halla obligado únicamente por el oficio del Juez, sin embargo de que ninguna accion suponga en el principal. Puede tambien obligarse por la herencia yacente, en quien reside la obligacion principal pasiva por representar al difunto. Puede asimismo intervenir tanto por la obligacion que provenga de contrato ó quasi contrato, como por la que descienda de delito ó quasi delito, de tal suerte que la sentencia pronunciada contra el principal deudor puede executarse contra el fiador sin nuevo proceso ó juicio. Ultimamente puede obligarse no solo por cierto y determinado contrato, sino tambien en general y para siempre por todos los de algun deudor (*n.* 1. *ley* 5. *tit.* 12. *part.* 5.).

2 El fiador no puede obligarse en mas que el principal con respecto á la cosa, tiempo, lugar ó causa; pero en ménos con respecto á lo referido sí puede obligarse, como tambien con un vínculo mas eficaz que el del principal deudor. En este supuesto será válida la obligacion del fiador en instrumento executivo, y con hipoteca ó juramento, aunque el principal deudor no se hubiese obligado en aquel ni con éstos requisitos: y si por ventura era natural la obligacion del deudor, solamente el fiador puede ser reconvenido (*núm.* 2.) (*I*).

3 Quan-

(*I*) La *ley* 7. *tit.* 12. *part.* 5. dispone expresamente que el fiador quede obligado tan solo en la misma cantidad que debe el principal deudor, sin embargo de que se haya ofrecido á la entrega de otra mayor: declarando inválidas las demas obligaciones en las quales los fiadores intentan obligarse mas fuertemente que lo está el reo principal en órden al lu-

Universidad Rey Juan Carlos

3 Quando el fiador interviene no simplemente, sino con el modo ó condicion de que si el reo principal no paga quede obligado, se juzga fiador condicional, y la tal condicion se verifica habiéndose constituido en mora el deudor ó habiendo muerto; bien que hoy además de la mora se requiere la execucion en los bienes de este (*dic. n. vers. Quaro tamen ley* 16. *tít.* 12. *part.* 5.).

4 Prometiendo alguno pagar al acreedor lo que no pueda conseguir de su deudor, no se conceptua propiamente fiador, porque este se obliga por lo que el principal se halla obligado y aquel por lo que no se pueda exîgir del deudor, no quedando en nada obligado si todo se exîge, y por tanto con propiedad se llama *expromisor*. Lo propio se ha de aseverar del que promete al acreedor la indemnidad, por juzgarse que se obliga á lo mismo, y en ambos casos se requiere la excusion para complemento de la condicion (*núm.* 3.); pero si alguno promete pagarme lo que otro me debe, será propiamente fiador (*núm.* 4.).

5 Si alguno dirige á otro carta en favor de cierta persona y en virtud de ella contrae con esta el que la recibe, se halla obligado con la accion *mandati* el que la remitió, siempre que en la carta se hablase con particularidad, como si en ella se dixera que el que la recibe preste ó entregue tal cantidad ó cosa á alguno, ó aunque se hable generalmente, si se dice que contraiga con cierta persona á cuenta y riesgo del que la envia; mas si la tal car-

lugar, tiempo ó qualidad de la obligacion; pero en medio de esta disposicion soy de sentir que despues de la célebre *ley* 2. *de la Recop.* ya citada que previene sea obligatorio todo contrato de qualquier modo celebrado, indistintamente deben declararse válidas todas las promesas de los fiadores.

Universidad Rey Juan Carlos

carta se halla concebida en términos muy generales, porque el que la envia dice únicamente; *Darás fé á Francisco en quanto te diga: ó Francisco es persona fiel de la qual puedes confiarte*; de ningun modo queda obligado, en atencion á que la tal carta tan solo recomienda y aprueba la persona y no es obligatoria, á no ser que se pruebe haberse dicho con dolo ó fraude (*núm.* 5.).

6 Teniendo alguno que prestar fiador en algun negocio por disposicion de ley como el tutor ó usufructuario, puede prestarlo en ageno lugar y jurisdiccion; pero si por convencion de las partes, ha de presentarlo en el lugar del acreedor (*núm.* 6.).

7 Dándose fiador por disposicion de ley para la forma y substancia de algun acto, si llega á empobrecer, ha de prestar el deudor principal otro idóneo; mas dándose el fiador por convencion de las partes y contentándose con él el acreedor, aunque empobrezca despues, no tiene el deudor obligacion de dar otro (*núm.* 7.): debiendo advertirse que quando alguno tiene que prestar fiador, ha de dar por tal una persona que segun derecho se puede obligar y reconvenir eficazmente, y así podrá dar por fiador al menor, al Clérigo ó á la muger en los casos que dirémos despues quedan obligados (*n.* 8.).

8 Si alguno promete al acreedor la indemnidad, ó promete satisfacerle lo que no pueda obtener del deudor, y siendo aquel negligente en reconvenir á este, llega á no tener que pagar, queda libre el fiador, mayormente si requirió al acreedor para que reconviniese al deudor y no lo hizo. Esto mismo debemos decir del fiador que se obliga simplemente y en la forma comun, si no ha renunciado el beneficio de la excusion y ha reconvenido expresamente al acreedor, á fin de que reconvenga al deudor principal; pues si renunció del dicho beneficio ó no re-

Universidad Rey Juan Carlos

requirió por su negligencia al acreedor, sin embargo de la culpa de este queda obligado: lo qual tambien se verifica en muchos fiadores que gozan del beneficio de division, porque si alguno teme que los demas no tengan despues para pagar, puede requerir al acreedor para que los reconvenga con respecto á sus partes, y no haciéndolo, á sí mismo se ha de imputar el satisfacer *in solidum* (*n.* 9.).

9 Regularmente no puede el fiador reconvenir al deudor principal para que lo exônere de la fianza, y los casos en que puede hacerlo son los siguientes. El primero, quando el deudor principal ha sido condenado en juicio á que pague. El segundo, si principia á dilapidar sus bienes. El tercero, si con él hizo pacto el fiador de que despues de cierto tiempo habia de exônerarlo de la fianza. Y el quarto, si el fiador ha estado en la obligacion por el término de un año (*segun la ley única al fin tít.* 18. *lib.* 3. *del Fuero*), el qual corre despues de la obligacion principal cumplida, y por tanto si la deuda es condicional ó *in diem*, ó si el fiador intervino por la eviccion de alguna cosa ó por algun curador, aunque la fianza haya durado mucho tiempo, no puede solicitar que se le exônere de ella ántes de purificarse la deuda principal, ántes que se evinca la cosa y ántes que se finalize la curaduría (*núm.* 10.) (*I*).

10 Quando alguno sale por fiador de algun deudor con ignorancia de este, no puede recobrar lo que pague con la accion *mandati* sino con la accion

(*I*) Por lo que hace al primer caso juzgo que donde dice *el deudor principal* debe decir *el fiador*. Fúndome en la razon, en la misma *ley Lucius Titius ff mandati* § *Non absimilis* que cita nuestro autor, y en que varios AA. que he visto (*entre ellos* Hebia Bolaños *lib.* 2. *del com. terrest. cap.* 5. *n.* 9. y

cion *negotiorum gestorum*; pero si sale por fiador de algun deudor contradiciéndolo este, no puede ni con una ni con otra ni aun por equidad, para que el deudor no se lucre con la pérdida agena, mediante á que cesa toda equidad por la expresa prohibicion del deudor; bien es verdad que si alguno paga para librar la persona de otro contra su voluntad, muy bien puede pedir lo que satisfizo, por ser nula la prohibicion en favor de la causa pública á quien interesa conservar la vida de sus individuos (*núm.* 11.).

11 Si el fiador ántes de intervenir en la fianza protesta que no quiere quedar obligado por la futura obligacion que hiciere por otro, y la protestacion se intima al acreedor, será inválido el acto siguiente contrario; mas si la protestacion no se intima al acreedor ó tercero á quien toca el negocio, aunque en el caso que el acto pende de la voluntad de uno como el testamento y la adicion, la protestacion precedente anula el acto siguiente contrario; como que en este caso la disposicion depende de muchos, quedará el fiador tan perfectamente obligado como si la protestacion no hubiera precedido, pues de otra suerte el acreedor ó tercero seria perjudicado gravemente por dolo y fraude del fiador (*núm.* 12.).

12 La confesion del acreedor contenida en escritura pública ó privada en la qual se expresa que el fiador le satisfizo, es de tal suerte válida, que prue-

y Don Joseph Febrero (*en su Libr. de Escrib. cap.* 4. § 5. *núm.* 135.), tratando de los modos de disolver la fianza hablan con respecto al caso de la condenacion del fiador y no del deudor. Por lo que hace al quarto caso segun el Aillon (*núm.* 11. *vers. Quando*), segun los citados AA. (en los dichos lugares) y otros muchos el tiempo de la fianza se ha de regular por el arbitrio del Juez.

Universidad Rey Juan Carlos

prueba haber precedido la paga, y en virtud de ella puede el fiador reconvenir al deudor principal con la accion *mandati*, como si verdadera y realmente se probase la solucion: y mayormente tendria esto lugar pasados 30 dias, porque tan solo tiene lugar dentro de estos la excepcion non num. pec. en la liberacion de la deuda y confesion de la paga (*núm.* 13.).

13 Ha de ser reconvenido el deudor principal y se ha de hacer excusion en sus bienes ántes de reconvenir al fiador, exceptuándose varios casos. El primero, quando se halla fuera de su jurisdiccion el deudor principal, por ser dificil el reconvenirlo. El segundo, quando renunció el fiador el beneficio de excusion que fué inducido únicamente en su favor. El tercero, quando es notorio que el deudor principal no tiene para satisfacer. El quarto, quando el fiador es público cambista, pues este no goza del beneficio de excusion por la utilidad comun y buena fe con que debe versarse, á causa de recurrirse á él freqüentemente. El quinto, quando no puede ser reconvenido fácilmente el deudor principal por causa que haya sobrevenido de nuevo respectiva á su persona ó lugar en que se halla: v. gr. si es algun tirano que reside en parte segura, algun enredador que no acostumbra pagar sus deudas sin pleyto, Rey, Magnate ó fisco, á quienes el acreedor no puede igualarse. El sexto, quando el fiador reconvenido niega serlo, pues por esto pierde el dicho beneficio, en atencion á que negando alguno en juicio lo que es causa de su intencion, beneficio ó privilegio, lo pierde (*núm.* 14. *ley* 9. *tít.* 12. *part.* 5.) (*1*).

14 Si

(*1*) **Hallándose el deudor fuera del lugar, si el fiador re-**

14 Si el fiador reconvenido no opone la excepcion dilatoria de excusion ántes de contestarse el pleyto, es válido el juicio y puede ser condenado legítimamente; bien que si la opone ántes de la contestacion, sin embargo no se anula el proceso, porque puede replicar el acreedor que el deudor principal no tiene para satisfacer, y entónces pendiente el juicio se podrá hacer la excusion (*dic. núm. vers. Tertiò limita*): y si habiéndose hecho esta legítimamente se encuentran bienes suficientes, mas no se halla quien los compre, ó si se halla, es con grande dificultad y en dilatado tiempo, no se puede precisar al acreedor á que los reciba en pago de su crédito, ó á que espere largo tiempo, pues en tal caso se dice que el deudor no tiene para pagar y se puede reconvenir al fiador (*dic. núm. vers. Octavò limita*).

15 Siendo muchos los fiadores y reconviniéndose á alguno *in solidum*, puede oponer la excepcion de division para que cada uno sea reconvenido por su parte si tiene que pagar, así en la primera instancia ántes de la sentencia difinitiva por ser excepcion perentoria y no despues, como en la segunda instancia si el fiador fué condenado y apeló. Esta excepcion no compete habiéndose renunciado, ó habiendo satisfecho alguno de los fiadores toda la deuda, en cuyo caso no puede reconvenir al acreedor no obstante que la tal excepcion sea favorable, pues no es perpetua como la del senado consulto veleyano ú otra semejante, atento á que pueden

reconvenido solicita que el Juez le conceda término para presentarlo, lo deben otorgar á su arbitrio, y no presentándolo dentro del tiempo asignado lo puede apremiar á la satisfaccion del débito segun se hubiese obligado (Don Joseph Febrero *en el citado lugar núm.* 126.).

den no tener que pagar los demas fiadores (*n.* 15. *ley* 8. *tít.* 12. *part.* 5.).

16 Pueden ser fiadores todos los que se pueden obligar principalmente á excepcion de los prohibidos por ley. En primer lugar se halla prohibida la muger por la fragilidad de su sexô, de suerte que aunque por rigor de derecho queda obligada civil y naturalmente, le compete la excepcion del senado consulto veleyano, que puede oponer con buena conciencia aun despues de la sentencia difinitiva en la misma execucion ántes de hacerse la paga; y si por ventura satisface al acreedor, puede recobrar lo pagado con la condicion *indebiti*, por ser perpetua y favorable la excepcion referida (*núm.* 16. *ley* 1. *tít.* 2. *part.* 5. *y ley* 2. *tít.* 12. *part.* 5.).

17 Renunciando la muger el dicho beneficio, como fuese cerciorada de este por el Escribano es válida la renuncia, y de consiguiente si el Escribano ó Notario preguntado por el Juez ignora qual sea el senado consulto veleyano, de nada sirve la renuncia por aparecer probada evidentemente la negativa. Tambien carece la muger del expuesto beneficio aun no siendo cerciorada, quando juró la fianza (*núm.* 17. *ley* 3. *tít.* 12. *part.* 5.) (*I*).

18 En segundo lugar se halla prohibido el menor de 25 años, pues si se obliga por alguna persona, bien sea extraña, bien conjunta, bien tenga para satisfacer, bien no tenga, aunque por rigor de derecho queda obligado, le compete la restitucion y aun se presume siempre lesion en este caso; sí bien es cierto que siendo varon con la edad de 18 años

(*I*) Si la muger recibe precio por ser fiadora, queda obligada. Asimismo lo queda, si permanece en la fianza dos años y cumplidos estos la renueva ó entrega prenda al acreedor para asegurar el débito (*ley* 3. *tít.* 12. *part.* 5.).

Universidad Rey Juan Carlos

años y saliendo por fiador de su padre encarcelado, se obliga eficazmente, así porque qualquiera persona mayor y prudentísima lo haria, como porque de lo contrario podria ser desheredado. Y en tercer lugar se halla prohibido de ser fiador el soldado (*núm.* 19. *ley* 2. *tít.* 12. *part.* 5.) (*I*).

19 Al Clérigo se le aconseja en el capítulo 1 *de Fidejussor* por aquellas palabras: *Clericus fidejussionibus inserviens abjiciatur*; que no salga por fiador; pero si efectivamente sale por tal, queda obligado, debiendo satisfacer de su patrimonio ó de las rentas de su beneficio solamente en quanto pueda hacer, y no pudiendo ser preso por deuda: y aunque el obligado á dar fiador de estar á derecho no se libra dando por tal un Clérigo ó persona que sea de otro fuero y jurisdiccion; si satisface el que prometió simplemente prestar fiador por alguna deuda ó contrato (*núm.* 18.).

20 El fiador se exônera de la fianza con la solucion del deudor principal y con la que él mismo haga, aunque si la cosa ó fundo del deudor se da en pago al acreedor, como despues sea vencida la cosa entregada y el deudor no tenga de que pagar, el fiador se halla obligado, mediante á que por el ánimo de las partes ó disposicion de la ley la accion contra él no fué extinta, ó si se extinguió estrictamente renace siguiéndose la eviccion. Tambien se exônera con la novacion entre el acreedor y el deudor principal, sino que consiente en ella ó se obliga de nuevo. Asimismo queda libre con la prescripcion de la deuda principal, por juzgarse igualmen-

(*I*) La *ley* 28. *tít.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* solamente permite al labrador ser fiador de otro labrador, prohibiéndole la renuncia de este beneficio y otros que le concede (*Véase* al Aillon *núm.* 20. *vers. De agricola.*).

Universidad Rey Juan Carlos

mente prescripta la accion contra él: con la advertencia que si el fiador intervino algun tiempo despues de contraida la obligacion principal, se interrumpe la prescripcion, porque se conceptua hecho reconocimiento de la deuda por el mismo deudor. Igualmente se libra interviniendo pacto de no pedir entre el acreedor y deudor, de tal suerte que aunque este lo remita despues, no se puede privar al fiador de la excepcion adquirida sin nuevo consentimiento suyo. Y últimamente se exônera el fiador con la confusion de la accion, pues si sucede al deudor ó por el contrario, se extingue la obligacion acesoria y permanece la principal; mas esto debe entenderse quando ambas obligaciones son útiles y válidas, no quando la obligacion principal es ineficaz por razon de la persona ú otro motivo. En este supuesto si la obligacion principal es natural tan solo y el fiador sucede al deudor, no se confunde la obligacion acesoria; y si aquel sucediendo á este hace inventario, como que por la persona del deudor no se obliga á mas de lo que alcanza la herencia, si con los bienes de esta no se puede satisfacer la deuda principal, se halla obligado por su persona en virtud de la fianza, por quanto la obligacion principal se reputa inválida á causa de no poderse exîgir la deuda: debiendo tenerse presente que la dicha confusion de accion no será total sino en parte siempre que el heredero tan solo en una parte suceda: bien es verdad, que si el acreedor sucede al deudor y hace inventario, no se confunde la accion en efecto, y por consiguiente si el difunto dexa muchos acreedores, el heredero acreedor obtendrá su deuda en el tiempo, lugar y grado que la obtendria no siendo heredero: y si el tal heredero acreedor es gravado á restituir á otro la herencia, aunque no haga inventario, no se confunde su ac-

Universidad Rey Juan Carlos

accion con la adicion de la herencia, y puede deducir lo que se le debe, por que el fideicomiso universal no es válido en mas de lo que permita la herencia (*núm.* 20.).

21 Si el acreedor proroga el término de la paga al deudor, no queda libre el fiador, mediante á que la prorogacion se entiende hecha con su qualidad, y á que en el dia nunca se hace novacion si las partes no lo expresan: advirtiéndose para complemento de la presente materia que el fiador á fin de librarse puede satisfacer de los bienes del deudor principal, ya se deba dinero, ya cosa ó especie, sin que pueda decirse que comete hurto ó violencia, por no intervenir dolo ni fraude (*núm.* 31.).

CAPITULO XIV.

De la restitucion de los menores.

1 El menor infante ó próxîmo á la infancia no puede contraer ni evacuar ningun negocio aun con la autoridad de su tutor, quien por sí solo ha de intervenir en el acto; pero si es próxîmo á la pubertad, mediante á que ya tiene algun entendimiento, puede obligarse en qualquiera contrato con la autoridad de su tutor, y sin ella estipular y adquirir para sí. Tambien sin la autoridad del tutor se obliga naturalmente, á cuya conseqüencia por él puede intervenir fiador no por el infante ó próxîmo á la infancia: y siendo el menor ya púbero, se puede obligar por sí solo no teniendo curador, porque teniéndolo necesita de su autoridad (*núm.* 1. *ley* 4. *tít.* 11. *part.* 5.).

2 En todos los casos que el menor impúbero ó adulto se obliga por derecho con la autoridad del tu-

tutor ó curador ó sin ella, si es perjudicado le compete la restitucion, ya por el interes del daño emergente, ya por el del lucro cesante; y por tanto si el menor resulta leso en el contrato de venta á causa de no convenirle comprar ó vender, debe ser restituido teniéndose por no hecho el contrato, pues en todo él fué perjudicado; mas si fué leso en el precio, porque vendió en ménos ó compró en mas de lo que la cosa valia, aunque la lesion no exceda la mitad del justo valor se restituye en quanto á este: todo lo qual se debe decir respectivamente del contrato de locacion ú otro qualquiera oneroso (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley* 5. *tit.* 11. *part.* 5. *y ley* 5. *tit. fin. part.* 6.).

3 Si el menor dona algunos bienes á otro, podrá ser restituido si no intervino justa causa, como si donó por los méritos del legatario, si por la esperanza del futuro matrimonio á la esposa, cuya donacion se llama *sponsalitia largitas*, ó si hizo donacion *propter nuptias* atendida la qualidad de las personas y la costumbre del pueblo (*dic. num. vers. Secundò infertur*) (*I*): y si la muger menor de 25 años dió alguna dote excesiva segun la qualidad del marido y costumbre del pueblo, ha de ser restituida, mayormente si intervino pacto de lucrar la dote ó parte de ella, ú otro convenio que le perjudicase (*núm.* 2.).

4 Haciendo el menor alguna transaccion, dividiendo alguna herencia ó cosa comun, permutando ó teniendo alguna otra convencion sobre cosa mueble con sola la autoridad del tutor ó curador que es suficiente, le compete la restitucion si resulta perjudicado: y lo mismo acontece si los dichos contra-

(*I*) La donacion *propter nuptias* se llama hoy trivialmente arras ó dotacion.

tratos son sobre cosa inmueble interviniendo decreto del Juez, porque si no interviene serán nulos, y de consiguiente no habrá necesidad de la restitucion (*dic. n. vers. Tertiò infertur*).

5 Comprometiéndose el menor en árbitros *juris* se conceptua perjudicado y puede ser restituido, por carecer del beneficio de apelacion; mas no, comprometiéndose en árbitros arbitradores, á no ser que pruebe alguna lesion resultante del tal compromiso (*dic. n. vers. Ex quo notabiliter*).

6 Siempre que al menor se entregue algun dinero en mutuo por causa de usura, se conceptua leso y no tiene obligacion de satisfacer, sino que prueba el acreedor que por haber recibido el dinero se hizo mas rico; pero si se le dió el dinero en mutuo sin interes alguno, se halla obligado el menor á la restitucion no probando la lesion, como si hiciere ver que por culpa suya se perdió el dinero (*dic. n. vers. Quintò*, *ley* 3. *tit.* 1. *part.* 5.).

7 Ninguna prescripcion puede correr contra los bienes muebles ó inmuebles del menor así pupilo como adulto; exceptuando la de 30 ó 40 años que corre contra el adulto sin esperanza de restitucion, mediante á que no puede perfeccionarse sino en la mayor edad pasado el quadrenio; bien que si en los dichos casos la prescripcion principia contra el difunto y se completa en la persona del menor, le compete la restitucion (*num.* 3. *ley penúlt. tít. fin. part.* 6.).

8 Si el deudor paga al menor sin la autoridad de su tutor ó curador teniéndolo, es nula la solucion y no queda libre, aunque si prueba que el dinero existe ó se ha convertido en utilidad del menor, le compete excepcion: y si el deudor paga con la autoridad del tutor ó curador, *ipso jure*, queda libre, y será restituido el menor perdiéndose ó ex-

Universidad Rey Juan Carlos

expendiéndose mal el dinero por culpa de ellos; mas si satisface con la dicha autoridad y tambien con la del Juez, de tal suerte se libra que de ningun modo compete la restitucion: lo qual se entiende quando alegando el deudor ser menor el acreedor y que no era seguro el satisfacerle, no obstante lo compelió el Juez á que pagase. El fundamento por que la autoridad del Juez priva de la restitucion en este caso y no en la enagenacion de las cosas inmuebles, consiste en que los contratos se hacen voluntariamente y la paga por necesidad (*n.* 4. *ley* 4. *tít.* 14. *part.* 5.).

9 Adiendo el menor por sí solo ó con la autoridad del tutor ó curador alguna herencia perjudicial que se le difirió por testamento ó abintestato, ó repudiando alguna lucrosa, debe ser restituido: como tambien si habiendo aceptado el albaceazgo ó comisaría fuese perjudicado (*dic. núm. vers. Octavò, leyes* 18. *tít.* 6. *y* 7. *tít. fin. part.* 6.). Lo propio sucede quando compitiéndole la eleccion al menor elige la de ménos precio, y por tanto si en la division de alguna herencia ú otra cosa entre hermanos ó herederos apeteciese la menor parte, será restituido: no gozando de este beneficio si le toca por suerte, en atencion á que el daño no provino de su facilidad sino de la fortuna contraria (*vers. Nonò*).

10 El menor exceptuándose el que sea Doctor en leyes ó Abogado, ha de ser restituido tambien contra la renunciacion expresa ó tácita del término probatorio, aunque sea despues de la publicacion de probanzas, y aunque hubiese hecho alguna prueba ó presentado algunos testigos en el término que se le asignó: y el contrario sin embargo de que sea mayor, gozará del término concedido por dicho beneficio (*n.* 6. *ley* 6. *tít.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*).

Universidad Rey Juan Carlos

11 Asimismo ha de ser restituido, si fué condenado por sentencia definitiva en causa civil ó criminal y perjudicado en ella por culpa del Juez ó suya, mediante á no haber opuesto ó probado la excepcion que le competia: con advertencia que si el menor es leso en la misma sentencia, porque habiendo probado plenamente su derecho injustamente lo condenó el Juez, debe fundar en esto su intencion y pedir que sea restituido, juzgándose segunda vez con rectitud y con arreglo á los autos: y si es perjudicado porque omitió alguna excepcion perentoria ó prueba necesaria para obtener la victoria del pleyto, ha de ser restituido contra la sentencia y todos los autos del proceso solamente hasta aquella parte en que fué leso, para que se ponga en el mismo estado. Igualmente si el término que se concede para apelar ha corrido, se juzga el menor perjudicado y se ha de restituir (*dic. núm. vers. Undecimò léyes* 1, 2 *y* 3. *tit.* 56. *part.* 6.). Finalmente le compete al menor la restitucion en todo acto y negocio de qualquiera naturaleza y qualidad, siendo perjudicado y probando la lesion y menor edad (*dic. n. vers. Duodecimò, y vers. Quaro tamen*, *leyes* 1, 2 *y* 6. *tit. fin. part.* 6.).

12 A los 12 años principia la pubertad en las mugeres para todas las disposiciones y á los 14 en los hombres, pudiendo aquellas impetrar la venia de edad despues de los 18 y estos despues de los 20. Consiste la razon de diferencia en que segun los Filósofos naturales el sexô femenino es mas débil y frágil que el masculino, y por consiguiente con anticipacion adquiere su juicio y cordura; sí bien es cierto que en las personas de uno y otro sexô se requiere la edad de 25 años para que cese la restitucion *in integrum*, porque en el primer caso se trata de legitimar la persona y es perjudicial al menor

nor estar inhábil para comerciar y manejar sus negocios ; y en el segundo se trata tan solo de extender el beneficio ó privilegio (*dic. núm. vers. Circa quod*) (*I*).

13 Pasa á los herederos el beneficio de la restitucion *in integrum* así como el beneficio del senado consulto veleyano, sin que obste que el privilegio personal se extingue con la persona, porque esto acontece en el caso de que se conceda principal é inmediatamente por razon de la persona, y no se verifica concediéndose por consideracion de la persona y de alguna lesion ó fragilidad del sexô como en el menor y muger. Tambien pasa el beneficio de la restitucion contra el tercer poseedor, habiendo este adquirido la cosa con ciencia de pertenecer á menor, ó hallándose el que primero contraxo con el menor sin poder pagar, siempre que el menor no fuese leso mas que en el precio, pues si lo es en el mismo contrato por no convenirle el enagenar, puede reconvenir indistintamente al tercer poseedor, en atencion á que de otra suerte permaneceria leso el menor careciendo de su alhaja (*n. 6. ley 8. al fin tít. fin. part. 6.*).

14 La restitucion se debe pedir dentro de 4 años continuos que principian á correr desde el dia que se cumpliéron los 25, y tambien debe pedirse en el mismo término la restitucion que compete á la re-

(*I*) Para concederse la venia ha de justificar el que la impetra con testigos mayores de toda excepcion capacidad para gobernar sus bienes y buenas costumbres que le constituyan digno de la gracia, á cuyo fin se libra la provision correspondiente : como asimismo ha de comparecer personalmente ante el Señor Ministro á quien toque consultarla ; y aunque para la venia se determinó la mencionada edad por no juzgarse hasta ella idóneos los jóvenes, pueden los Príncipes en uso de su suprema regalía concederla ántes.

Universidad Rey Juan Carlos

república, Iglesia ó mayor, aunque en este caso se computa desde el dia del contrato ó la lesion: todo lo qual se entiende, bien se pida la restitucion contra la lesion del contrato ó quasi contrato, bien contra la que provenga de sentencia ó acto judicial, bien contra la causada por el transcurso del tiempo dilatado ó corto; pero no puede ser restituido el menor contra los contratos que hizo en el referido quadrienio, por cesar el fundamento de la restitucion que es la menor edad; bien que sí dentro de él repudia alguno la herencia paterna, puede revocar la repudiacion y adirla dentro de trienio que principia á contarse desde el cumplimiento del quadrienio, siendo este caso especial, por quanto parece que el hijo viene á suceder en unos bienes propios (*num.* 7. *ley* 8. *tít. fin. part.* 6, *ley fin. tít. fin. part.* 6, *ley* 7. *tit.* 29. *part.* 3. *y ley fin. tít.* 6. *part.* 6.) (*a*).

15 El expuesto beneficio se propone y deduce en juicio, ó principalmente narrando y concluyendo con quanto sea necesario é implorando el oficio noble del Juez para conseguir la restitucion, ó por incidencia oponiendo la excepcion el menor contra el que lo convenga en virtud de algun acto ó contrato de que resultó perjudicado: y esta excepcion se ha de deducir en juicio dentro del mencionado quadrienio, como si se pudiera principalmente la restitucion, por el mismo fundamento que la excepcion de la non num. pec. se ha de oponer siempre dentro de un bienio (*n.* 8. *Véase el n.* 5. *cap.* 6. *de este tom. y comp.*).

16 Las

(*a*) Siendo la lesion enormísima, ó concurriendo una ignorancia probable, un legítimo impedimento ó alguna causa racional segun el arbitrio del Juez, puede tener lugar la restitucion despues del quadrienio, el qual está concedido para principiar no para terminar el litigio (*núm.* 8.).

Universidad Rey Juan Carlos

16 Las excepciones que competen al menor, siendo reales ó causadas respecto de la cosa como la de cosa juzgada, de solucion, de prescripcion, de novacion y otras semejantes, competen tambien al fiador aun contra la voluntad de aquel; mas siendo personales como el beneficio de la restitucion, ó aquella por la que no puede alguno ser reconvenido en mas que lo que pueda hacer, no competen al fiador por darse con respecto á la persona, ni tiene recurso contra el menor en cuyo favor intervino (*núm.* 9.).

17 Perteneciendo una cosa ó causa á muchos de los quales alguno es menor, la restitucion que á este se concede, no aprovecha á los que sean mayores aun quando la causa ó cosa sea individua como la servidumbre; pues si muchos entre los que hay algun menor, la tienen y la remiten, sin embargo de que sea individua y no pueda constituirse en parte, será restituido el menor *in solidum*, y si los mayores quieren usar de la servidumbre les obstará la excepcion (*núm.* 10.).

18 Si el menor cumplidos los 25 años ratifica lo que hizo en la menor edad, y el contrato hecho en esta fué válido *ipso jure*, por haber intervenido las correspondientes solemnidades, mas resultó perjudicado el menor, vale la ratificacion, se priva del dicho beneficio y se confirma el contrato; pero si el contrato no fué válido *ipso jure* por falta del decreto en el caso que se requeria, aunque es válida la ratificacion, se confirma el contrato y se priva el menor del expuesto privilegio, no se priva del derecho que compete á los mayores como el remedio de la *ley* 26. *de rescind. vendit.* ú otro semejante: y no interviniendo la ratificacion expresa despues de la edad legítima, basta la tácita que induce el transcurso de 5 años quando el contra-

Universidad Rey Juan Carlos

trato fué oneroso, ó el de 10 entre presentes y 20 entre ausentes quando fué lucrativo (*núm.* 11.).

19 La virtud y efecto de la venia concedida al menor consiste en que pueda exercer y gobernar por sí sus bienes, exîmiéndose de la potestad de su curador si lo tiene, y privándose del beneficio de la restitucion con respecto á los contratos que despues haga, aunque sin embargo no podrá enagenar los bienes inmuebles sin decreto, y si con este los enagena deberá ser restituido: debiendo notarse que si se promete ó lega á alguno cierta cosa para el tiempo de su legítima edad, ó para quando pueda administrar sus cosas, nada se debe ó puede pedir hasta la perfecta edad de 25 años, porque en duda se conceptua que á esta se refirió el testador ó contrayente (*núm.* 12.) (*a*).

20 Para la enagenacion de las cosas inmuebles de menor, bien sea verdadero dueño, bien sea tan solo quasi dueño, es indispensable que intervenga el decreto y autoridad del Juez, y que asimismo preceda justa causa, v. gr. la de deudas ó de alimentos, la qual debe probarse legítimamente y extenderse en autos por el Escribano, sin que baste su simple asercion, porque no interviniendo las tales solemnidades es el contrato *ipso jure* nulo y puede vindicarse la cosa de qualquier poseedor. Lo mismo ha de decirse de las cosas muebles que guardándose se pueden conservar, y se llaman así aquellas

(*a*) El Señor Vela (*Disertat. Hispal.* 6. *núm.* 43.) tratando de la *ley* 14. *tít.* 1. *lib.* 5. *de la Recop.* que permite á los que contraxéron matrimonio ántes de los 18 años el administrar sus bienes en llegando á esta edad, dice que gozan de la restitucion *in integrum*, equiparándose tan solo en lo favorable á los que impetráron la venia de edad, y pudiendo decir de nulidad de los actos judiciales para los quales debe dárseles curador (*núm.* 13.).

Universidad Rey Juan Carlos

llas que pueden permanecer un trienio. Tambien corre la expuesta doctrina aun en el padre tutor ó curador del hijo emancipado; pues si es legítimo administrador del exîstente en su potestad, muy bien puede enagenar con justa causa los referidos bienes sin decreto, como se comprueba de que no tiene obligacion de hacer inventario de los bienes del hijo ni dar cuenta de ellos, segun se verifica en el padre tutor ó curador del hijo emancipado (*n.* 13. *ley* 18. *tít.* 16. *part.* 6. *y ley* 60. *tít.* 18. *part.* 3. *Véase al Gomez en la ley* 48. *de Toro n.* 18.).

21 En tanto es verdad lo dicho en el núm. antecedente, quanto que el menor no puede sin decreto del Juez repudiar la herencia ó legado en que se contenga alguna cosa inmueble, mediante á que no solo se le prohibe desminuir su patrimonio, sino tambien por favor de la menor edad el que dexe de adquirir bienes para cuya adquisicion tiene un derecho pleno y eficaz; mayormente quando el menor es restituido si pierde algun justo lucro. Asimismo se necesitan las expresadas solemnidades, quando el menor haya de prometer dar á otro alguna cosa inmueble, ó haya de remitir la accion personal que tenia para conseguirla. Tambien se requieren en la permutacion, en la division de alguna herencia que contenga cosas inmuebles, por ser la division cierta especie de permutacion, en la hipoteca de cosa inmueble, en el enfitéusis perpetuo ó temporal, en la constitucion de usufructo y de otra qualquiera servidumbre real, en la transaccion sobre cosa inmueble siempre que el menor en virtud de ella haya de entregar la cosa, no si la retiene dando al contrario alguna cantidad, y últimamente en el compromiso que es especie de transaccion (*nn.* 14. *y* 15.). Pero sin embargo de lo dicho confesando judicialmente el adulto reconvenido con

Universidad Rey Juan Carlos

accion real sobre cosa inmueble, ser esta del actor, es válida la confesion y por ella puede ser condenado: porque así como el adulto es capaz del juramento judicial y extrajudicial, así tambien de quanto depende de este como la confesion (*dic. n. vers. Nonò*): y además de esto el padre ó testador puede dar facultad al hijo ó heredero menor, para que enagene sin decreto los bienes inmuebles aun en testamento ó codicilo inútil y que carezca de la solemnidad prescrita (*núm.* 16.).

22 En la enagenacion de las cosas expresadas puede interponer su autoridad el Juez del territorio donde se halla la cosa, el del pueblo del orígen ó el del lugar de la habitacion del menor: aquel por razon de la cosa y estos por razon de la jurisdiccion en la persona del menor que se extiende á otro territorio. Baxo este supuesto quando se trata de dar tutor á algun pupilo, ha de ser en el lugar de su orígen ó de su habitacion, y no en el lugar donde se hallan los bienes, porque el tutor se da principalmente á la persona y las resultas de la tutela se extienden á otros territorios, pero tratándose de dar curador tienen facultad todos los Jueces mencionados por darse principalmente á los bienes y no á la persona, sino es que se pida curador *ad litem*; pues si este ha de ser general para todos los pleytos y causas que se muevan, solamente pueden darlo los dos últimos Jueces, y si ha de ser particular para cierto pleyto ya movido, lo ha de dar el Juez ante quien se litiga (*núm.* 17. *Puede verse al Aillon núm.* 18, *quando se ofrezca algun caso*).

23 Si el varon mayor de 14 años y la hembra mayor de 12 y no de menor edad contraen y juran el contrato, es válido y se confirma con el juramento sin esperanza de restitucion, bien se inter-

pon-

ponga este en el mismo contrato, bien ántes ó despues de él, bien el menor jure por sí, bien constituya procurador para contraer y jurar como tenga especial mandato, bien sea el contrato nulo, ó por haberse hecho sin el tutor ó curador, ó por ser sobre cosa inmueble y no intervenir decreto, bien sea ó no cerciorado el menor del beneficio de restitucion que le compete: teniendo lugar lo expuesto en la remision de la deuda que haga el menor, como tambien en los juicios porque en ellos se quasicontrae (*num.* 18. *ley* 6. *tit. fin. part.* 6.). Y así como el contrato por su naturaleza es perpetuo y transitorio á los herederos y contra los herederos, así tambien la virtud y efecto del juramento que en él se interponga; pues aunque el juramento y su vínculo sean meramente personales, esto procede en quanto á que contraviniendo el principal contrayente será perjuro, y no lo será su heredero sin embargo de que contravenga (*n.* 19.).

24 Siendo leso el menor en mas de la mitad del justo precio, aunque haya jurado el acto ó contrato ha de ser restituido, porque no puede conceptuarse que su voluntad se extendiese á tan grave lesion, sino es que jurase no contravenir al acto ó contrato ni por razon de la lesion enormísima ni por otra qualquiera causa, pues entónces no puede ser restituido ni se puede rescindir el acto por ningun remedio: lo qual tambien acontece quando el acto del menor, muger casada ú otra persona se haga por causa lucrativa con juramento; bien es verdad que si la muger vende el fundo dotal con juramento, como sea lesa en mas de la mitad del justo precio puede valerse del remedio conveniente, en atencion á que el juramento con arreglo á la intencion del derecho y de las partes solamente causó la validacion del contrato como que era sobre

cosa dotal, por cuya circunstancia de otra suerte seria nulo. Esto mismo sucede sin diferencia alguna por la expuesta razon, renunciando con juramento el hijo ó hija de la futura sucesion paterna ó materna por algun precio, si es perjudicado en mas de la mitad del que sea justo (*núm.* 20.) (*a*): y no es de omitir que si el menor promete sin causa y con juramento, no se confirma la promesa con este, así por presumirse error y faltar el consentimiento, como por no asistir al juramento sus tres requisitos substanciales (*núm.* 23.).

25 La absolucion ó relaxacion que se obtenga del juramento, solo obra que el que contravenga no sea perjuro aunque reconvenga en juicio á su contrario; pero no anula el contrato ni le quita su fuerza y efecto en los casos que fué válido por la interposicion del juramento, mediante á que se le adquirió derecho á la parte, del qual no puede privarle el Juez que conceda la relaxacion (*n.* 21.).

26 Del acto en que interviene juramento pueden conocer ambos Jueces, el Eclesiástico y Secular, porque en virtud del juramento se hace la causa de mixto fuero; bien que esto se ha de entender quando vive el que jura, pues su heredero no puede ser reconvenido ante el Juez Eclesiástico, en atencion á que el vínculo del juramento en quanto á ser ó no perjuro, es meramente personal: en cuyo supuesto para que las causas no se llevan al fue-

(*a*) Hay muchas opiniones sobre quanta ha de ser la lesion para que el juramento no confirme el contrato. Unos llevan que ha de consistir la lesion en la sexta parte, otros que en la tercera, otros que en la mitad, otros que en mas de la mitad, otros que en mucho mas de la mitad, y otros (lo qual sigue y asegura mas recibido el Farinacio) que todo se ha de dexar al arbitrio del Juez atendidas las qualidades de la causa, del tiempo y de las personas (*n.* 21.).

Universidad Rey Juan Carlos

fuero eclesiástico en perjuicio de la jurisdiccion secular, prohiben nuestras leyes reales que se interponga juramento por las partes en los contratos que valen sin él (*núm.* 22. *leyes* 10, 11 *y* 12. *tít.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.*).

27 El acto contra buenas costumbres, como el pacto por el que se priva alguno de la libertad de casarse, y el pacto de suceder que induce el deseo de la muerte, no recibe fuerza alguna con el juramento, pues este no ha de ser vínculo de iniquidad. Lo mismo se ha de decir del contrato en perjuicio de la utilidad pública, porque con el pacto de los privados no se puede derogar el derecho público: infiriéndose que hoy en nuestro reyno ni aun con juramento puede el noble renunciar el privilegio que tiene de no poder ser preso por deuda, á causa de ser concedido por favor de toda la nobleza. Tampoco da fuerza el juramento al contrato que se interpone sobre cosa que no está en comercio, por parecer que contiene un imposible de hecho ó de derecho. Asimismo no da fuerza al contrato quando se anula por odio del acreedor; v. gr. el pacto de la ley comisoria en las prendas ó hipotecas, la promesa de usuras, el mutuo hecho al hijo de fam. y otros semejantes, en los quales aunque el promitente por virtud del juramento se obliga á su observancia y tiene que pagar, sin embargo hecha efectivamente la solucion queda libre del juramento, y puede demandar lo que hubiese satisfecho por la condicion sin causa, mediante á que sin ella y torpemente lo tiene el acreedor (*n.* 24.). Y últimamente no da fuerza el juramento al acto ó contrato en que se omitió la solemnidad correspondiente; v. gr. al testamento en que no intervino el número de testigos que apetecen las leyes, por quanto todas las solemnidades que establecen

son

Universidad Rey Juan Carlos

son en beneficio de la utilidad pública, y de consiguiente no pueden derogarse por el consentimiento de las partes; bien es verdad que aunque no valga la tal disposicion como testamento, valdrá como codicilo teniendo la solemnidad que este exîge, porque el juramento en todo acto surte el efecto de que valga del modo que segun derecho pueda valer (*núm.* 25.).

28 Pero si el acto ó contrato se anula principalmente por favor de alguna persona á causa de la fragilidad de su edad ó de su sexô, ó por otras utilidades de los vasallos y secundariamente por el beneficio público, le presta fuerza el juramento; pues es regla general en la materia, que debe observarse el juramento que no es contra buenas costumbres, ni contra la utilidad pública primariamente, ni perjudicial para conseguir la vida eterna, ni en detrimento de tercero, sino solamente con perjuicio del que jura. En esta atencion será válida con juramento la donacion entre el marido y muger, la que se haga de todos los bienes presentes prohibida por la ley 69. de Toro, la promision de arras que exceda la décima parte de los bienes del marido, y en fin (omitiendo otras especies) el pacto ó transacion sobre los alimentos de futuro que se deben por última voluntad (*núm.* 26.).

29 El miedo reverencial que influyen el padre y el marido en el hijo y la muger, en atencion á no ser tan grave que caiga en varon constante, segun se requiere por derecho, no es suficiente para rescindir la enagenacion que esta haga de la cosa dotal, ni la renuncia de la futura sucesion paterna ó meterna que aquel formalice con juramento á instancia de aquellos; mas si será bastante el miedo que infundan el castigo ó las amenazas capitales y no leves, aunque el acto se execute despues de un gran-

Universidad Rey Juan Carlos

grande intervalo, como si la muger amenazada ó castigada por el marido consiente durante el matrimonio: lo qual tambien se verifica en el Juez que infiere miedo á algun súbdito suyo, por presumirse durar todo el tiempo del oficio: y el acto con las qualidades dichas no puede dexar de rescindirse, por formalizarse en presencia del Juez ó de los mas próxîmos parientes, pues esta solamente grava á la muger, al hijo ó persona subordinada con el cargo de probar un miedo mas grave: siendo digno de advertir que si el padre, marido ú otra persona semejante sea demasiadamente cruel y suela irritarse é inferir grave injuria á los que no obedecen sus preceptos, se rescinde el acto ó contrato como si hubiesen precedido amenazas ó castigo (*núm.* 27.).

30 Con el motivo de haber hablado nuestro Autor de la incapacidad que tienen para contraer la muger y el menor, se extiende á mencionar otras muchas personas que se hallan con la misma incapacidad, sin embargo de ser ageno del presente capítulo. No puede contraer en primer lugar, así como no puede delinquir, toda persona que carezca de entendimiento, v. gr. el furioso, el mentecato, el frenético, el embriagado, el durmiente ú otra semejante, de tal suerte que no puede adquirir para sí ni hacer algun acto á su favor por el expresado defecto, no obstante que en el menor y otras personas inhábiles sucede lo contrario; ni se le puede dar valor al acto ó contrato con el juramento, por faltarle en este caso los tres requisitos substanciales del juicio, la verdad y la justicia; sí bien es cierto que el furioso que tiene lucidos intervalos, puede hacer en ellos quanto una persona de perfecta capacidad, tenga ó no curador, porque si lo tiene, cesa y se suspende su administracion

Universidad Rey Juan Carlos

cion en los dichos intervalos, aunque continue virtualmente el oficio: y del mismo modo que no puede contratar el embriagado, no puede tampoco el enamorado ó enamorada que se le equiparan (*núm.* 28.) (*).

31 Asimismo no puede contraer el mudo y sordo por naturaleza, mediante á que no puede conocer la naturaleza del acto para exprimirlo con señales, por lo qual debe proveérsele de curador así como al demente: debiendo esto correr en el mudo y sordo por casualidad, siempre que no pueda con señas declarar su intencion, pues de lo contrario puede celebrar qualquiera especie de contrato ó quasi contrato. De la voluntad por señas podrá constar, quando teniendo el Escribano ó Notario conocida la qualidad de la persona diese fe de haber conocido y percibido por ellas su consentimiento, ó quando la diese de que los consanguíneos, vecinos ú otras personas que tambien tenian conocida la qualidad de la persona, le dixéron lo manifestado por esta, ó quando se prueba que hizo algunos actos, movimientos ó señales, v. gr. con los hombros, los brazos ó la cabeza declarando su ánimo (*núm.* 29.).

32 Tampoco puede contraer ó quasi contraer el que indiscreta é inconsideradamente consume su patrimonio, despues de preceder conocimiento de causa, citándolo para ella como que es legítimo administrador de sus bienes, y se trata de un grave perjuicio suyo, despues de proveérsele de curador, de prohibirle el Juez el manejo de su bienes y hacer

(*) Esta sentencia debe despreciarse á causa de que no se apoya ni en razon ni autoridad, y deberá verdaderamente entenderse en el caso de que el contrato se celebre con aquella que ha originado el excesivo amor (*letra* H.).

Universidad Rey Juan Carlos

cer pregonar públicamente que ninguno en lo sucesivo contraiga con él, por quanto en este caso á causa de su vicio se presume carecer de entendimiento, y se equipara al pupilo y furioso: en cuyo supuesto no puede hacer testamento ni codicilos, no puede asimismo obligarse con juramento, y si resulta perjudicado del acto ó contrato en que su curador intervino, ha de ser restituido, gozando los pródigos de los mismos beneficios y privilegios que competen á los menores. Dixe: *despues de preceder conocimiento de causa*, *&c.* porque ántes de verificarse lo referido puede el pródigo sin embargo de que lo sea notorio, practicar todo aquello para que es inhábil posteriormente; y aunque lo notorio y la sentencia se equiparan, esto procede en quanto á la evidencia del hecho, mas no en quanto á los efectos jurídicos; sin que sea de omitir que si á alguno se le prohibe el manejo de sus bienes y se le da curador como á pródigo no lo siendo, valdrá la prohibicion hasta que el Juez la revoque, por presumirse siempre en favor de la sentencia y decreto (*nn.* 30. 31. *y* 32. *leyes* 5. *tit.* 11. *part.* 5. 13. *tit.* 1. *part.* 6. *y* 25. *tit.* 12. *part.* 5.) (*a*).

33 Viviendo alguna muger luxuriosa y deshonestamente se le puede vedar por el Juez la administracion de sus bienes, porque abusando de su persona con mayor motivo abusará de aquellos; pero esta doctrina no se puede aplicar al varon que se porte con la misma conducta, por ser mas advertido y prudente en la distribucion de su patrimo-

(*a*) Dícese que el pródigo no puede consentir ni obligarse naturalmente quando se trata de su daño, mas si se trata de su lucro se dice lo contrario, y así no se le prohibe estipular en su favor (*n.* 31.).

Universidad Rey Juan Carlos

monio que una muger luxuriosa; aunque es cierto que puede ser privado de la legítima administracion que tiene en los bienes de los hijos (*n.* 33.).

34 Y últimamente no pueden contraer el tutor y curador con su pupilo y adulto, sino que lo hacen á las claras y con buena fe: el Juez en su territorio con sus súbditos: el Abogado con su litigante durante el pleyto; ni el médico con el enfermo miéntras durase la enfermedad (*dic. n. vers. Quintò y sigg. ley* 4. *tit.* 5. *part.* 5. *y ley* 23. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*).

CAPITULO XV.

De las servidumbres.

1 La servidumbre se divide en *mere personal. en mere real y en mixta.* La mere personal es *aquella que se debe á la persona por la persona*, como quando concede á otro por contrato ó última voluntad el señor de algun siervo cierta obra ó cierto ministerio, en que este se ha de ocupar (*n.* 1.) La servidumbre mere real es *la que se debe á la cosa por la cosa*, ya sea urbana, ya rústica (*n.* 19. *al fin.*). Y la mixta es *aquella que se debe por la cosa á la persona*, v. gr. el usufructo, el uso, y la habitacion. El usufructo se divide en *legal y en convencional*: el primero es *el que proviene de la disposicion de la ley*, como el que tiene el padre en los bienes del hijo; y el segundo *el que dimana de la disposicion del hombre por contrato ó última voluntad* (*dic. n.* 1.). Tambien se divide el usufructo en *causal y formal*: el causal es el *que tiene qualquiera dueño en sus cosas no distinto ni separado de la propiedad*; aunque no se dice servidumbre, por no verificarse esta en cosa propia,

Universidad Rey Juan Carlos

pia, y sí se llama cierta utilidad que proviene y se causa por la misma cosa, y su dominio (*n.* 2.); y el usufructo formal, que por ser distinto y separado de la propiedad, se dice servidumbre personal ó mixta y pertenece á la presente materia, *es un derecho de usar y disfrutar la cosa agena sin deteriorarla* (*n.* 3.).

2 El usufructo puede constituirse en cosas inmuebles y en muebles que no se consumen con el uso, en cuyo caso el usufructuario ha de dar fianzas de que disfrutará la cosa sin deteriorarla como un cuidadoso padre de familia, y de que la restituirá finalizado el usufructo; y aunque en el de los animales ademas de la leche y lana se comprehenden susfectos, no se contienen en el de la esclava sus partos, pues habiéndose destinado todas las cosas terrestres y los fructos para el hombre, es repugnante que este se comprehenda en aquellos. Asimismo se puede constituir el usufructo en las cosas que se consumen con el uso, y sin embargo de que en estas no lo hay propiamente por ser forzoso enagenar su propiedad, con todo al tiempo de constituirse se tasa la estimacion de las cosas de que consta, y se presta caucion de restituirla concluido el usufructo (*dic. n. vers. & talis usufructus. Leyes* 21. *y* 24 *tit.* 31 *Part.* 3.) (*a*).

3 La dicha caucion puede remitirse quando el usufructo se constituye por contrato entre vivos, mas no si se constituye por última voluntad: y si el tal usufructuario es forastero ó tan pobre que no pue-

(*a*) Si las cosas que se consumen con el uso fuéron estimadas, se ha de prestar la caucion de restituir la misma estimacion, y si no se estimáron, se halla obligado el usufructuario á darla de que restituirá otras cosas del mismo género y de la misma bondad (*n.* 4. *vers. Hæc autem cautio.*).

Universidad Rey Juan Carlos

puede prestarla con fiadores, bastará la caucion juratoria, á no ser persona sospechosa, porque entónces se depositará la cosa en algun tercero para que por medio de este perciba aquel los frutos, quedando segura la propiedad. (*dic. n. vers. & adde quod*).

4 Por ser meredividuo el usufructo puede concederse á muchos, y todos concurrirán en él igualmente ó por las partes que se le asignen: pudiéndolo dividir entre sí los usufructuarios por ciertas partes, ó locarlo á algun tercero para que despues se divida el precio, ó á alguno de los socios con obligacion de dar á los demas la parte del precio correspondiente: siendo de notar que si á muchos se lega el usufrructo por años alternativamente, le corresponde el primer año al que fué nombrado primeramente (*n.* 4).

5 Dexando el testador á uno simplemente un fundo y á otro el usufructo de él, al primero pertenecerá toda la propiedad, concurriendo igualmente con el segundo en el usufructo como conjunto en la cosa: porque quando á uno se lega una cosa íntegra y á otro alguna parte substancial suya qual es el usufructo, no puede correr el axîoma ó regla de que al género se deroga por la especie, segun corre legándose á uno generalmente, v. gr. los siervos y á otro alguno de ellos, ó legándose á Pedro una cosa íntegra y á Francisca una parte quotitativa como la tercera ó la quarta. Igualmente si el testador dexa á Pedro todos sus bienes por institucion ú otro qualquíera título, y á Diego el usufructo, ó por el contrario á este el usufructo de todos los bienes y á aquel todos los bienes, pertenece á ambos el usufructo por partes iguales; pero si el testador instituye á uno en todos sus bienes y á otro dexa el usufructo de cierta cosa, se le debe á es-

este *in solidum* aunque la propiedad pertenece al heredero; y al contrario si el testador lega á uno el usufructo de todos sus bienes y á otro dexa una cosa particular, el primero no tiene parte en el usufructo de esta y se debe al segundo plenamente (*n.* 5).

6 El usufructuario se conceptua cierto procurador en la cosa, y por este concepto tiene obligacion de cuidar de ella y atender en un todo á su utilidad, imputándosele de otra suerte el perjuicio que le resulte. En esta atencion el usufructuario debe en nombre del propietario sin otro mandato intentar la accion revindicatoria ú otra competente contra el poseedor ó detentador de la cosa, interrumpir la prescripcion y denunciar la nueva obra que se haga en la cosa (*n.* 6.) (*a*).

7 Si el usufructo se constituye en animales, todas las cabezas principales han de quedar siempre salvas, y así muriendo alguna se ha de suplir de sus partos; bien que esto acontece solamente en el usufructo de una manada ó rebaño de ganado, no en el que se concede de cada una de las cabezas, en cuyo caso no hay obligacion de suplir las que mueran: y además de lo expuesto se halla obligado el usufructuario á las cortas expensas y gastos de la cosa que consistan en su reparacion, y sean respectivas á alguna utilidad temporal y percepcion de los frutos, porque las expensas considerables que miran á la utilidad perpetua de la cosa, pertenecen al propietario. De aquí es que revindicando ó defendiendo en juicio el usufructuario la cosa que dis-

(*a*) Por la *ley* 4. *tit.* 31. *part.* 3. puede el usufructuario en su propio nombre denunciar la nueva obra, del mismo modo que puede parecer en juicio por lo respectivo al usufructo *n.* 7.).

Universidad Rey Juan Carlos

disfruta, no tiene obligacion de satisfacer los gastos necesarios, y si los satisfaciese podrá recobrarlos del propietario, aunque esto no tiene lugar en el padre á quien corresponde el usufructo de los bienes del hijo, como ni en otro qualquiera que lo tenga por disposicion de ley, pues se halla obligado á los gastos del litigio (*n.* 7.).

8 Quando se constituye el usufructo por contrato entre vivos, no puede ser reconvenido el usufructuario por las deudas que hubiese contraido anteriormente el propietario, mediante á que la obligacion personal no sigue al particular sucesor de la cosa, y por tanto se ha de reconvenir al mismo propietario ó á su heredero, vendiéndose, en caso de no tener para pagar, la cosa que se usufructua: si se hallaba hipotecada al acreedor, con respecto á la propiedad y usufructo, y si no se hallaba, con respecto solo á la propiedad, á no ser que se pruebe fraude en el deudor enagenante; pero si el usufructo se dexa por última voluntad, esté ó no hipotecada la cosa, puede ser reconvenido el usufructuario, porque únicamente valen los legados en lo que reste deducidas las deudas (*n.* 8.). (*a*).

9 Así como la propiedad puede confiscarse, y en

(*a*) Aunque el testador legue el usufructo de todos los bienes muebles é inmuebles, ó de alguna parte de ellos, se juzga este usufructuario legatario de cosa particular, y no se halla obligado á satisfacer deudas del testador, procediendo lo mismo en el usufructuario de la tercera ó quarta parte de los bienes, por llamarse tales solamente los que quedan satisfechas las deudas contra el caudal; pero el usufructuario de la tercera ó quarta parte de la herencia debe satisfacer las deudas con respecto á su parte: no debiendo ser reconvenido por los acreedores el usufructuario de todos los bienes, sino el heredero, quien les satisfará con las cosas hereditarias, y así en ellas se disminuirá el usufructo (*n.* 9.).

Universidad Rey Juan Carlos

en ella se puede hacer execucion por qualquiera deuda, así tambien el propietario puede venderla sin el consentimiento del usufructuario, exceptuándose los casos en que el padre tiene el usufructo de los bienes del hijo: ya porque aquel es legítimo administrador de este, y del mismo modo que el menor no puede enagenar sin consentimiento del curador, tampoco el hijo sin licencia del padre; y ya porque este en virtud de la patria potestad tiene un plenísimo derecho para gozar de los bienes del hijo en tales términos que no tiene que dar cuentas, ni sus bienes se hallan obligados tácitamente al hijo (*n.* 9.): y de tal suerte es verdadero lo expuesto que no puede el tal hijo sin licencia del padre enagenar su propiedad ni aun con juramento, por hallarse prohibida la enagenacion en favor de este, sin que pueda estar pendiente y convalecer despues de su fallecimiento (*n.* 10.).

10 El hijo de familia constituido en la patria potestad puede á excepcion del mútuo obligarse eficazmente por qualquiera contrato ó quasi contrato, y debe pagar, teniéndolos, de los bienes castrenses, quasi castrenses y adventicios, cuyo usufructo no pertenezca al padre, en los quales se puede hacer execucion por reputarse en ellos padre de familia; pero esto no puede correr en los bienes profecticios, en atencion á ser del padre con pleno derecho, como ni tampoco en la propiedad de los bienes, en que el padre tiene el usufructo, porque prohibida su enagenacion se conceptua tambien prohibido todo acto por el que se procede á ella: pudiendo ponerse preso por deuda al hijo sino tiene bienes, como si fuese padre de familia (*n.* 11. *véase la ley* 22. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*).

11 Además de lo referido si el hijo de familia comete algun delito por el que se le confiscan los bie-

bienes, no se comprehende en la confiscacion la propiedad de los bienes adventicios en que el padre tiene el usufructo, para que ni aun en este caso se le infiera perjuicio y pueda ser inquietado por un propietario extraño (*n.* 12), mas si se contiene en la confiscacion el peculio castrense ó quasi castrense, por tener el hijo en él un pleno dominio y una absoluta administracion (*n.* 13.). (*a*).

12 Tampoco se confisca por el delito del hijo el peculio profecticio, por pertenecer en un todo al padre y tener aquel solo la administracion, sin embargo de que esta sea libre y absoluta, pues nunca se juzga concedida la facultad de enagenar: y aun lo que es mas, si el padre incurre en algun crímen, por el que merece confiscacion de bienes, no se ha de confiscar el tal peculio, bien por el delito se pierda la patria potestad, bien suceda lo contrario: cuya opinion se funda en la esperanza con que se halla el hijo de suceder al padre, y en la prevencion que este hizo entregándole el peculio (*n.* 14.).

13 Si el usufructuario enagena por título oneroso ó lucrativo el usufructo, lo pierde inmediatamente y se consolida con la propiedad, segun se halla dispuesto en odio del enagenante, por ser el usufructo un derecho tan personal ó coherente á la persona, que no puede transferirse á otra, mayormente quando siendo anciano el usufructuario podria enagenar á un infante, cuya muerte se miraria para el fin del usufructo en notable perjuicio del propietario; bien es verdad que si el usufructuario hace la enagenacion con la voluntad del propietario, es válida sin duda, y se juzga constituido un nuevo usufructo en la

(*a*) Es mas probable que estos peculios no se confiscan por el crímen del hijo, y que se aplican al padre para su consuelo, aun quedándole otro hijo (*n.* 14.).

Universidad Rey Juan Carlos

la persona que adquiere, atendiéndose la muerte de este y no la del enagenante; pero aunque no puede enagenar el usufructo, sí la comodidad y percepcion de los frutos por el tiempo de su vida, en cuyo acontecimiento el mismo derecho del usufructo formal continua en el usufructuario, y por tanto espirará el usufructo con su muerte, y no con la del cesionario ó adquirente, el qual no se juzga procurador en la cosa, mediante á no tener el derecho del usufructo, ni se halla obligado á prestar caucion de usar de ella como un buen padre de familia, y últimamente no podrá intentar la accion confesoria ni algun remedio posesorio contra el que lo turbe ó despoje, á causa de no transferírsele posesion alguna. (*n.* 15. *leyes* 24. *y* 25. *tit.* 31. *part.* 3.) (*a*). Y con arreglo á la doctrina expuesta si el padre que tiene algun usufructo en los bienes del hijo, ú otro qualquiera usufructuario comete delito por el que se incurra en confiscacion, se confiscará el usufructo por el tiempo que viva el reo condenado con respecto á la comodidad y percepcion de los frutos. (*n.* 16.).

Acá-

(*a*) El Señor Castillo (*in tractat. de usufruct. cap.* 69) defiende que el derecho del usufructo puede enagenarse, y que en el caso de que se enagene no se entiende constituido un nuevo usufructo, mediante á que tan solo se enagena el mismo derecho que competia al usufructuario y se limita por la vida de este; pero asegura que el usufructuario no puede ceder el usufructo á persona extraña, aunque sí concederlo por otro título, porque la cesion es una renuncia total que no puede verificarse en nuestro caso, á causa de ser el usufructo una servidumbre coherente á la persona; bien que si la cesion interviniese de hecho seria inútil, y por ella no incurriria el usufructuario en la pena de perder el usufructo (*n.* 16. *vers. Sed contrariam.*).

Universidad Rey Juan Carlos

14 Acábase el usufructo con la muerte del usufructuario, ya porque es un derecho personal, y ya porque si pasara á sus herederos, seria para siempre inútil la propiedad (*n.* 17. *ley* 25. *tit.* 31. *part.* 3.). Por esta razon aunque las partes expresen que pase á los herederos, tan solo pasará á los primeros y no á los demas; y si el usufructo se concede á alguna Ciudad, Iglesia ó lugar pio, durará únicamente cien años, no perpetuamente como dura el legado anual dexado á los mismos, á causa de que ninguna propiedad llegará á ser inútil. Asimismo en consideracion de lo expuesto no puede concederse el usufructo para quando el usufructuario muera, ó para despues de su muerte, pues ninguna disposicion se debe conferir para un tiempo en que debe espirar, y así como el usufructo constituido se finaliza con la muerte, así tambien la accion personal que compete por él ántes que se constituya realmente. Tambien se acaba el usufructo si el usufructuario es condenado á muerte natural, y no se executa la sentencia por su fuga (*n.* 18. *ley penult. tit.* 1. *part.* 3.) (*a*).

15 Consolidándose el usufructo con la propiedad se dice adquirirse por título lucrativo, sin embargo de que el original título de esta fuese oneroso; bien es verdad que si el marido al tiempo de contraer ma-

(*a*) En lugar de las penas por las que antiguamente se verificaban las máxîmas y medias deminuciones capitales, se han subrogado otras como la remision para siempre á una isla la condenacion á una perpetua cárcel y otras semejantes (*n.* 19. *vers. Nostrum Gomez. Acerca de si por la máxima ó media deminucion capital del usufructuario se extingue ó no el usufructo, ocurriendo el caso puede verse á nuestro Autor en el n.* 18 *de este cap. vers.* Secundo *y en el* 14. *cap.* 11. *tom.* 2. *al Aillon en dic. vers. y á los que este cita, y la ley* 24. *tit.* 31. *part.* 3.).

matrimonio tenia la nuda propiedad de alguna cosa, y despues durante este se consolida con el usufructo, no podrá la muger en virtud de que por leyes reales le pertenece la mitad de los lucros adquiridos durante el matrimonio, pedir la mitad del usufructo ó de su estimacion, porque se juzga adquirido por el título que se adquirió la propiedad (*n.* 19.) (l).

16 La promesa de la servidumbre y la accion personal que compete para compeler al promitente á su entrega, es muy diversa de la servidumbre realmente constituida y entregada, que es la que con propiedad se llama servidumbre, por no transferirse hasta entónces su derecho real, en atencion á que del mismo modo que en las cosas corporales no se adquiere dominio sin tradicion, en las servidumbres y derechos incorporales sin ella ningun derecho real se consigue: baxo cuyo supuesto el acreedor á la servidumbre prometida ántes que se le constituya realmente, no podrá intentar la accion confesoria ni algun interdicto ó remedio posesorio si otro lo turba ó molesta: y si por ventura enagena el fundo en

(*a*) Sin embargo de que muchos graves AA. citados por el Aillon (*n.* 20.), opinan tambien que consolidándose el usufructo con la propiedad adquirida ántes por título oneroso, se conceptua haberse adquirido aquel por título lucrativo, califícó con su venia de infundada esta sentencia. Consiste la principal razon (omitiendo otras por no dilatarme) en que si alguno compra la propiedad; atendiendo á que esta por sí sola es inútil, ha de conceptuarse que compra asimismo el usufructo para el tiempo en que deba consolidarse segun derecho ó segun la convencion que haya habido anteriormente, y por conseqüencia que se adquiere el usufructo en este caso por el mismo título que se adquirió la propiedad. Ademas las razones y autoridades con que prueba nuestro Gomez no pertenecerle á la muger en la especie que propone, la mitad del usufructo ó su estimacion, favorecen mi sentir.

Universidad Rey Juan Carlos

en cuyo favor se hizo la promesa, carece de facultades el sucesor particular para obligar al que debe la servidumbre a que se la entregue, á no ser que el acreedor al tiempo que enagena el fundo ceda la accion que le compete por la servidumbre, pues el particular sucesor de la cosa en virtud de la cesion puede solicitar que se le constituya: bastando la cesion general que ponen los Escribanos en los instrumentos, es á saber, que cede todo el derecho real ó personal que le compete en la cosa. Y por el contrario, si el deudor de la servidumbre enagena el fundo sobre que se impuso, no puede ser compelido el que lo adquirió á constituirla realmente, porque las acciones y obligaciones personales no pasan, ni *activè* ni *passivè* al particular sucesor de la cosa, aunque se hayan causado con respeto á ella, como si alguno promete á otro ciento de tal fundo ó cosa (*n.* 20. *n.* 21. *vers. Et si quæras hasta el vers. Et exillo*, y *n.* 22. *vers. Secundus principalis.*).

17 La tradicion en las servidumbres mediante la qual se adquiere el derecho real de ellas y su posesion, se hace con la introduccion del acreedor en el fundo sirviente interviniendo la voluntad del señor constituyente, sin que esto pueda extrañarse en nuestro derecho, quando vemos muchas veces que por la aprehension y tradicion de una cosa se obtiene el derecho y posesion de otra muy diversa. Así pues se juzga hecha la tradicion de la cosa aunque esté ausente, con la entrega del instrumento, como asimismo con la tradicion de las llaves se consigue el dominio y posesion de las cosas que se hallan baxo su custodia. Tambien se obtiene el derecho real y la posesion de la servidumbre por la quasi tradicion de su uso y exercicio con título, cien-

cia

Universidad Rey Juan Carlos

cia y paciencia del señor del predio sirviente, y si no interviene título del dueño, usándose solo de la servidumbre con su ciencia y paciencia, se podrá prescribir en el tiempo legítimo ordinario, mediante á que tratándose en tal prescripcion de un corto perjuicio, no se requiere título alguno. El fundamento de requerirse en ambos casos la ciencia del dueño consiste; en el primero, porque quando el acreedor tiene título y usa de la servidumbre sin noticia del señor, no se puede conceptuar que este la entrega por hallarse ignorante: y en el segundo, porque poseyendo el dueño plenamente la cosa, no se puede calificar de negligente, si ignorándolo él se usa de cierta servidumbre, y por tanto se exîge su ciencia (*n.* 23.).

18 Si la cosa ó fundo no se posee por el verdadero dueño sino por un tercero, y el que trata de prescribir la servidumbre tiene título de este, es suficiente la quasi posesion que se tenga del tercero por la introduccion en el fundo ó por el uso con su ciencia y paciencia: debiéndose inferir de lo expuesto que en las servidumbres y derechos incorporales se da quasi posesion civil y quasi posesion natural. La primera es *la que se retiene en el ánimo sin algun acto ó exercicio*; y la segunda *la que se tiene miéntras se exerce algun acto de la servidumbre*: y no es de omitir que lo antedicho tiene lugar en la servidumbre que se debe por contrato, pues de la que se dexa por última voluntad adquiere inmediatamente el legatario el derecho real sin quasi tradicion alguna. Tampoco es de omitir que la posesion adquirida en las cosas incorporales no es verdadera y propia como la que se tiene en las corporales, y así se dice posesion impropia ó quasi posesion, á causa de que aquellas no pueden aprehenderse natural-

men-

Universidad Rey Juan Carlos

mente (*dic. n. vers. Ex quibus infero.*).

19 La servidumbre mixta como el usufructo se prescribe por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, teniendo buena fe y título del que no es dueño, y faltando la circunstancia del título se prescribe por treinta años, segun sucede en las cosas inmuebles. No obsta que el usufructuario tan solo tiene una posesion natural en la cosa ó fundo, y carece de la posesion civil indispensable en toda prescripcion, porque además de aquella que no causa la precripcion, tiene en el mismo derecho real del usufructo una quasi posesion natural y civil, mediante la qual se prescribe no solamente el usufructo sino tambien todos los derechos incorporales, y las servidumbres continuas, sin embargo de que por estas y aquellos no se obtiene ni aun posesion natural en los fundos. Tambien en virtud de la dicha quasi posesion civil que se retiene con el ánimo, se prescribirá la jurisdiccion en ageno territorio por el mismo tiempo que el usufructo, interviniendo los requísitos que expresamos al principio de este n. (*n.* 25.).

20 Asimismo se prescribe por diez y veinte años la servidumbre mere real continua ó quasi continua como la de aqueducto, la de estilicidio, y la de agujerear la pared del vecino para abrir ventana ó meter viga, habiendo buena fe; y aunque no se requiere título por tratarse de poco perjuicio, si se exîge la ciencia y paciencia del contrario contra quien se prescribe, pues por esta se causa la quasi posesion en las cosas incorporales de la que resulta la prescripcion; á no ser que intervenga título del que no es señor, en cuyo caso para prescribir la servidumbre continua, quasi continua y discontinua bastan los diez y veinte años con buena fe, segun acontece en las cosas corporales inmue-

Universidad Rey Juan Carlos

muebles (*n. 26. y n. 27. vers. Advertendum tamen, ley 16. tit. 31. part. 3.*); mas faltando título la servidumbre real mere discontinua como la de senda, guia ó camino, no se prescribe por el tiempo ordinario sino por el inmemorial, aunque no tuviese ciencia el contrario, mediante á que la posesion de aquella no puede ser continua y se interrumpe freqüentemente; bien es verdad que la prescripcion inmemorial no se dice propiamente prescripcion, por presumirse título ó concesion del contrario en virtud de haber corrido tanto tiempo (*n. 27. ley 16. ya cit.*).

21 En las servidumbres reales continuas ó quasi continuas afirmativas, que son *aquellas por las quales el acreedor intenta hacer alguna cosa en lo ageno por derecho de servidumbre*, como las mencionadas de aqüeducto &c. principia á correr la prescripcion desde el tiempo que se empieza á usar de ellas; pero en las negativas, v. gr. en la servidumbre de no edificar, no principia á correr sino desde el tiempo que intervino prohibicion con buena fe de parte del que prescribe contra el vecino que queria edificar: en cuya atencion si no se edifica en alguna casa por el dilatado tiempo de diez años, y posteriormente el señor intenta edificar, podrá con licitud hacerlo, sino que intervino la dicha prohibicion habiendo corrido despues de ella diez años entre presentes y veinte entre ausentes; pues de otra suerte no se juzga haber intervenido algun acto por el que se adquiera la posesion y la prescripcion se verifique (*dic. n. vers. Item adde quod.*).

22 El considerable intervalo que media entre unos y otros actos en las servidumbres discontinuas, y el poco exercicio de ellas, suministran el fundamento para que solo se prescriban por tiempo inmemorial (*dic. n. vers. Concludens solutio.*).

Pa-

Universidad Rey Juan Carlos

23 Para conclusion de este capítulo, y complemento de la presente materia es de notar, que aunque para adquirir dominio en alguna cosa, servidumbre, ú otro derecho incorporal, sea indispensable la tradicion, el uso ó exercicio segun queda referido, no se requiere la adquisicion de posesion de la misma cosa, y basta su simple aprehension. Esto se verifica quando alguno enagena á otro un fundo propio cuya posesion se halla en un tercero, ó le constituye servidumbre en él, y lo introduce presente, ó ausente el tercero en el mismo fundo; pues entónces adquiere su dominio ó el derecho de servidumbre, no obstante que la posesion no se adquiera por tenerla ocupada el tercero. Fúndase acaso lo expuesto en que antiguamente por derecho natural se adquiria el dominio tan solo en virtud de la aprehension y nuda detentacion, no conociéndose alguna posesion jurídica; y aunque hoy para adquirir el dominio de las cosas no vacantes se exîja título y tradicion, debe esta entenderse nuda, ó una detentacion de hecho como antiguamente, por no encontrarse en este particular derogacion alguna: de cuyo fundamento y sentencia se colige que si mediante título se entrega alguna cosa y asimismo se da su posesion, se conseguirá el dominio por el título y simple entrega y no por la misma posesion (*n.* 28.).

PAR-

PARTE TERCERA

DE LOS DELITOS.

CAPITULO PRIMERO

De varios géneros y especies de Delitos.

1 Habiéndose hablado de las últimas voluntades y contratos, resta tratar de los Delitos. Estos son públicos ó privados: los primeros son *aquellos cuya acusacion pertenece á qualquiera del pueblo.* Se refieren á esta clase los que miran principalmente la ofensa de Dios, como la blasfemia (que segun la *ley* 5. *tit.* 4. *lib.* 8. *de la Recop.* se castiga por la primera vez con un mes continuo de cárcel y prisiones, por la segunda con seis meses de destierro y mil maravedís; y por la tercera con enclavar la lengua del delinquiente, exceptuando al que sea de dignidad ó calidad, al qual se duplica la segunda pena) porque lo que se hace en ofensa suya se hace en ofensa de todos (*nn.* 1. 2. y 3.) los que se cometen contra el Príncipe; y finalmente los que se executan contra alguna persona privada, siempre que se halle establecido por ley que sean públicos, como el homicidio, adulterio, falsedad, fuerza ó violencia, y otros expresos en la *ley* 1. *de public. judic.* (*n.* 4.). Los segundos son *aquellos en los quales solamente puede acusar el ofendido, bien se intente la accion civil,*

Universidad Rey Juan Carlos

bien la criminal. Juzgándose en caso de duda de esta especie todo el que se comete contra el privado, aunque por él se imponga la pena capital (*n.* 9.) (*I*).

2 La acusacion de qualquiera delito, bien sea público, bien privado, se prescribe por el término de 20 años, quando no hay ley que disponga lo contrario: sucediendo lo mismo en el oficio del Juez, que dura siempre tanto como la acusacion, por ocupar el lugar de esta (*nn.* 5. y 6. *ley* 5. *tit.* 7. *part.* 7.). Y en tanto es verdadero lo expuesto, que si el ofendido es menor, no puede ser restituido contra el lapso de dicho término, segun debe decirse, pasado que sea el tiempo que le fué concedido por la ley ó por el Juez para probar contra el reo acusado, ó hecha la publicacion de probanza, en cuyo supuesto la *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*, que establece sea restituido el menor, que ninguna prueba hizo en el término que le fué concedido ni en otro alguno, ha de tener lugar en las causas civiles, y no en las criminales (*n.* 7.) (*II*): y aunque no haya corrido todo el término de la prescripcion, si despues de cometido el crímen pasó mucho tiempo

(*I*) Estan discordes los AA. en la definicion de los delitos públicos y privados. El Carleval dice, que los primeros son aquellos por los que primariamente se ofende á la República, y secundariamente al Privado, y los segundos por el contrario, como v. gr. el hurto (*de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *q.* 7. *sect.* 2.).

(*II*) Es mas verdadera la opinion del Parladorio, que lleva (*lib.* 2. *Rer. quot. cap.* 11. *ex n.* 5.) goza el menor del beneficio de la restitucion contra el lapso del término probatorio en las causas criminales, fundado en que solamente no le compete el dicho beneficio, quando la ley especialmente lo excluye, la qual falta en este caso. (*Véase la Cur. Philip. part.* 3. §. 15. *n.* 8.)

Universidad Rey Juan Carlos

po ó un grande intervalo, no se ha de castigar al delinqüente con la pena ordinaria, sino con otra menor; pero esto se entiende en el delito no reiterable, pues si lo es, mas bien ha de aumentarse la pena; y tambien se entiende quando el reo despues del crímen no fué acusado, ni contra él se procedió, no si se practicáron estas diligencias, y por su ausencia no pudo imponérsele la pena (*n.* 8.).

3 Sin embargo que en los delitos privados únicamente compete la acusacion al ofendido, está obligado el Juez á inquirir y proceder de oficio, pudiendo nombrar un Fiscal que acuse, é imponer la pena ordinaria del delito, en el caso que la persona injuriada no quiera ó no pueda acusar, ó se desista de la acusacion; porque como de qualquiera crímen nacen dos ofensas, una á la parte y otra á la República, aunque aquella no acuse, debe el Juez de oficio proceder por la injuria de ésta, á cuya paz y quietud conviene que los delitos no queden sin el castigo que corresponde (*n.* 10. *ley pen. tít.* 1. *part.* 7. *leyes* 3. *y* 4. *tít.* 17. *part.* 3.) (*I*).

4 En las causas criminales, así por el acusador, como por el reo, no se ha de admitir Procurador, siempre que por el delito, ó público ó privado, pueda imponerse pena corporal ó de perpetuo destierro, y el reo no se halle preso; siendo de lo contrario nulo el proceso, aunque la parte contraria no oponga la excepcion correspondiente: si bien es cierto que en qualquiera causa puede el reo apelar por Procurador, y el Tutor ó Curador de algun me-

(*I*) Solamente quando se ofrezca algun caso en el que por su calidad convenga proceder de oficio, y que haya Fiscal, pueden las Justicias Ordinarias poner y criar un Promotor-Fiscal, para que prosiga y fenezca dicha causa y no mas (*ley* 14. *tít.* 13. *lib.* 2. *de la Recop.*).

Universidad Rey Juan Carlos

menor acusar la injuria de este ó de los suyos, y defenderlo de toda acusacion que contra él se formalice (*nn.* 12. 13. 14. 15. *y* 16. *leyes* 6. *tít.* 1. *part.* 7. *y* 12. *tít.* 5. *part.* 3.) (*a*).

5 Si el que formalizó la acusacion no la prosigue, hay causa justísima para que el Juez le señale término en el que siga el pleyto; y procediendo el Juez de oficio, ó á instancia del Fiscal por él nombrado, ó de alguna persona extraña, debe requerir al ofendido, ó á los que pueden acusar siguiendo la injuria de los suyos, señalándoles término para que dentro de él declaren, si quieren ó no acusar, porque si pendiente la inquisicion ó primera acusacion compareciese alguno de los expresados, seria preferido: lo qual se entiende compareciendo ántes de la sentencia, ó por mejor decir, ántes de la publicacion de probanzas y no despues, á excepcion del caso en que haga constar algun prevaricato ú otra justa causa, pues entónces deberá ser admitido aun despues de la sentencia (*n.* 22. *ley* 17. *tít.* 1. *Part.* 7.): siendo digno de advertir, que el término señalado para el dicho efecto es perentorio, y así basta una sola monicion (*n.* 24. *ley pen. tít.* 2. *part.* 3.).

6 Si el citado comparece despues del término que se asignó por el Juez, deberá sin embargo ser admitido, como el Juez no haya pronunciado sen-

ten-

(*a*) En la práctica el acusador se admite por Procurador (*n.* 13.); y aunque varios AA. afirman que deben admitirse el Defensor y Excusador por el ausente, nunca lo ví practicar sino para exponer las causas de la ausencia ó enfermedad (*dic. n. vers.* An autem pro absente): así como tampoco vemos que algun reo sea oido por Procurador en ningun género de causas, á no ser que se presente ó se halle preso; en cuyo caso, aun en las causas que puede imponerse pena capital, se observa freqüentemente que se oye al reo por Procurador (*n.* 14.).

Universidad Rey Juan Carlos

tencia interlocutoria, en la qual lo declara por no parte, y manda que no sea oido, ó no expresase en el auto en que señaló el término, que si dentro de él no comparece, no sea admitido; de cuyas sentencias se puede apelar, no observándose lo expuesto, porque aunque sean interlocutorias, tienen fuerza de difinitivas, mediante á ser irreparables; pero no se admitirá el acusador extraño, una vez que el Juez haya procedido de oficio contra el reo; pues subrogándose el oficio del Juez en lugar de la acusacion, y siendo de igual virtud, es de mejor condicion el que ocupa el juicio (*dic. n.* 22. *vers. Accusator vero extraneus*, y *n.* 25.).

7 Ninguno puede ser compelido á acusar, así como ninguno puede tampoco ser precisado á intentar alguna accion; pero precediendo disfamacion, muy bien podrá el disfamado deducir en juicio el remedio de la ley *Diffamari*, *Cod. de ingen. & manum.* con la que concuerda la *ley pen. tít.* 2. *part.* 3. para que el disfamante formalice la acusacion en el término que el Juez señalase, imponiéndosele de lo contrario perpetuo silencio; pues aunque las citadas leyes hablan solamente del que disfama á otro con respecto á su libertad, por la interpretacion fundada de los AA. se ha extendido á todos los casos y causas, así civiles, como criminales (*nn.* 17. 18. *y* 23. *al principio.*).

8 Y no tan solo puede valerse el reo del expuesto remedio, sino que tambien quando le compete alguna excepcion, como que cometió el delito por su propia defensa, que no era digno de castigo, ó que en aquel tiempo era menor; puede pedir que se exâminen testigos para perpetua memoria de lo acaecido, aunque no se tema la muerte ó ausencia de ellos; cuyo remedio igualmente tiene lugar en las causas civiles, si el que ha de demandar es

Universidad Rey Juan Carlos

es negligente en hacerlo : y aun lo que es mas, compitiendo alguna excepcion, sin embargo de que no preceda disfamacion , puede el reo provocar al actor á juicio , implorando el oficio del Juez para que se declare que le compete tal excepcion , y al actor se imponga perpetuo silencio. Y no obstante que el actor en las causas civiles puede solicitar que se exâminen testigos para perpetua memoria del hecho, si se espera verosímilmente su muerte y ausencia, no puede hacerlo el acusador en las causas criminales, porque en ellas las pruebas han de ser muy claras , y cesa el favor en la execucion de las penas (*nn.* 19. 20 *y* 21. *ley* 2. *tít.* 16. *part.* 3.).

9 Si habiendo el Juez procedido de oficio, absolvió al reo difinitivamente, no debe proceder otra vez contra él, ni de oficio, ni á instancia de acusador extraño, sino que hubo prevaricato de parte del primer acusador, del Juez, del Escribano ó testigos, que puede probarse por presunciones y conjeturas ; pero aunque no lo haya habido, como el acusador sea propio, ha de ser admitido siempre que hubiese estado impedido legítimamente, ó jurase no haber llegado á su noticia la causa. (*n.* 26. *ley* 12. *tít.* 1. *part.* 7.).

10 Mas habiendo sido condenado difinitivamente, ni aun por persona propia que siga su injuria ó de los suyos, puede ser acusado segunda vez : y en tanto es esto verdad, que pronunciada la sentencia condenatoria, bien se haya ó no executado, aunque se hubiese omitido en la primera acusacion alguna qualidad que agrave el delito, y de consiguiente su pena, no se puede en virtud de ella formalizar segunda acusacion ; pues como el delito fué primeramente deducido en juicio, y por él impuesta la pena condigna, la qualidad que de nuevo se deduce ha de conceptuarse extinguida, mediante á no tener suge-

to

Universidad Rey Juan Carlos

to en que pueda subsistir, y por tanto es imposible que se deduzca en juicio por sí sola; bien que si la segunda acusacion se formaliza con la qualidad referida ántes de la pronunciacion de la sentencia, ha de ser preferida á la primera en que se omitió, por ser mas grave, y comprehender todas las circunstancias del delito (*n.* 27.) (*a*).

11 Supuesto que en los delitos públicos puede qualquiera del pueblo ser acusador, se duda, si deberá este ser vecino del pueblo en el que se cometió el delito, ó si tambien podrá admitirse el de otro pueblo diferente; pero esto último debemos seguir, en atencion á que las leyes hablan indistintamente, y á todos es concedida la facultad de acusar por favor público, no hallándose por Derecho prohibidos, entre los quales no se numera el forastero. No obsta que edificándose en sitio público de alguna Ciudad ó Villa, únicamente sus vecinos pueden denunciar el edificio; pues esto sucede por ser la obra nueva perjudicial tan solo á aquellos, quando el delinqüente puede perjudicar á qualquiera República y á qualquiera de sus individuos, y así á todos interesa su castigo. Por este motivo se halla igualmente dispuesto, que si se edifica en camino público, todos sin distincion puedan denunciar la nueva obra (*n.* 28.).

12 El acusar es meritorio, así en los extraños, como en los propios, siempre que á ello estimule úni-

(*a*) Si la nueva qualidad diversifica el delito, como si se acusó el homicidio sin la circunstancia del parricidio, no hay prohibicion de que se acuse segunda vez el absuelto ó condenado por el homicidio, mas si la nueva qualidad no constituye crimen diferente, aunque agrave la pena no se permite la segunda acusacion, por lo que el absuelto ó condenado por la herida no podrá ser molestado segunda vez, por la debilitacion del miembro que resultó de aquella (*n.* 28.).

Universidad Rey Juan Carlos

únicamente el zelo de la justicia, y el bien público que resulta de castigarse los crímenes; mas siendo incentivo en la acusacion el odio y deseo de vengarse, se incurre en pecado, porque en el fuero de la conciencia todos estan obligados á remitir la injuria, y desterrar el aborrecimiento que causa, y no á dexar de intentar por el zelo de la justicia la accion que nace del delito (*n.* 29.).

13 La acusacion del delito público ó privado es un derecho que compete á la parte para pedir por la vindicta pública; y se diferencia de la accion que en lo civil compete á la parte proveniente del contrato ú obligacion, como asimismo del oficio noble del Juez, mediante el qual puede proceder por inquisicion, y executar las sentencias dadas (*n.* 30.).

14 Todas las personas pueden acusar por delito público á excepcion de las prohibidas, que son la muger, el menor, el infame, el soldado y otras muchas que se expresan en la *ley* 2. *tít.* 1. *part.* 7. aunque todas estas pueden muy bien acusar su injuria ó de los suyos (*nn.* 31 y 32.).

15 Solamente puede el Clérigo acusar al lego ante el Juez secular por injuria que á él se haga ó á su Iglesia; porque si aun en este caso no pudiese hacerlo el Clérigo, delinquiria mucho contra él el lego: y en el caso que por el delito pueda imponerse pena de sangre, debe protestar que el Juez no proceda á ella, para que si por ventura se impone en atencion á que el Juez sin embargo de la protestacion puede imponer la pena ordinaria y competente, no incurra en irregularidad (*n.* 33.).

16 Entre los acusadores que siguen la injuria de los suyos, se numeran la muger por la ofensa hecha al marido y todos los consanguíneos hasta el quarto grado, segun se expresa en las *leyes* 2 y 26. *tít.* 1. *part.* 7. y se infiere de la *ley* 11. *tít.* 16. *part.* 3.

en

Universidad Rey Juan Carlos

en la qual se establece que ninguno sea obligado á declarar contra la persona conjunta dentro del quarto grado (*nn.* 32 y 34.).

17 Concurriendo muchos extraños á acusar, si con ninguno se ha contestado el pleyto, elegirá el Juez el que le parezca mas idóneo por razon de su dignidad, persona, edad, arreglada vida, ú de otra justa causa; pero si entre los acusadores se halla alguno propio, indistintamente ha de ser preferido, por ser mas interesado: y si concurren muchos acusadores propios en desigual grado, ha de elegirse por el Juez el mas próxîmo: debiendo admitirse todos si se hallan en igual grado, á no ser que con alguno de ellos se haya contestado la causa (*n.* 35. *ley* 13. *tit.* 1. *part.* 3.).

18 Si el acusador despues de propuesta la acusacion muere, ó se aparta de ella por transaccion que haga con el reo en los casos que sin embargo de esta puede otro admitirse; ó finalmente si por otra qualquiera causa no la sigue, puede otro acusador ó el Juez de oficio proseguirla, aunque sea despues de treinta dias, segun se practica por favor de la República y evitar diligencias inútiles. (*nn.* 36 y 37.)

19 En el caso que por un delito se impone una sola pena, aunque se halle establecida por muchas leyes, no puede el delinqüente ser acusado ni castigado mas de una sola vez: y lo mismo sucede estableciéndose diversas penas por muchas leyes, si consta expresa ó tácitamente por presunciones que alguna de estas que impone solamente una pena, corrige las demas; porque si constase que las leyes quieren que todas las penas tengan lugar, no pueden ménos de imponerse; pero si no aparece quál de las leyes corrija ó sea corregida, sin embargo de que conste de su anterioridad ó posterioridad, que-

Universidad Rey Juan Carlos

da al arbitrio del Juez la pena que ha de imponerse, atendida la calidad del negocio, como si las penas se hubiesen establecido alternativamente, en cuyo caso sin duda tiene el Juez la eleccion; cuya doctrina debe correr no tan solo procediendo el Juez de oficio, sino tambien á instancia de acusador, bien pida este simplemente que al reo se impongan las penas establecidas por Derecho, bien pida que se le imponga la pena menor; porque la facultad dada al Juez por la ley formalizada la acusacion no puede conferirse por la parte, y porque en las causas criminales no se requiere que la sentencia sea conforme al libelo, pudiendo el Juez condenar en mas de lo que se haya pedido (*nn.* 38 y 39.).

20 Tocante á lo dicho debe notarse, que quando una ley Real impone alguna pena no condigna al delito, v. gr. pena pecuniaria por un crímen que la merece corporal, y tal se halla impuesta por otra ley del Derecho Comun, se entiende que quiso acumular ambas penas; pero si la pena impuesta por la ley Real es condigna al delito, se conceptúa corregida la ley Romana que establece otra pena diferente, aunque de ningun modo conste de su correccion, conforme á la *ley* 1 *de Toro*, que dice expresamente se observe en la decision de las causas el órden que en ella se dispone: debiendo tener lugar la eleccion del Juez, de que hemos hablado, quando en nuestro Derecho no se halla decidido el caso, y es necesario ocurrir al Romano, ó quando de diversas leyes se ignore qual corrija ó sea corregida. (*dic. n.* 39. *vers.* Ex quibus ego.)

21 Por la pena que en el fuero penitencial impone el Confesor al delinqüente, aunque sea pública y grave, no se extingue la que puede imponerse en el fuero exterior judicial, secular ó eclesiástico; porque aquella es para satisfacer á Dios y á su al-

Universidad Rey Juan Carlos

alma, y ésta se dirige al castigo corporal por la vindicta pública. Del mismo modo si la pena eclesiástica es medicinal, como la excomunion, ó preparatoria para la secular, como si el reo convencido de algun gravísimo crímen, se degrada por el Juez Eclesiástico, y se entrega al brazo secular, tampoco por aquella se extingue esta. Igualmente se verifica lo expuesto en los delitos de mixto fuero atroces y enormísimos, en los quales no se puede imponer por el Juez Eclesiástico la pena competente; pues sin embargo de que haya condenado al reo judicialmente, se puede este despues aprehender y castigar con la pena ordinaria por el Juez lego; porque quando por defecto de jurisdiccion no puede imponerse la pena correspondiente al delito, impuesta la menor, se recurre á otro Juez que pueda condenar al reo en la pena condigna: y con mayor motivo podrá el Juez Secular castigar al delinqüente, hallándolo culpado, si en un todo hubiese sido absuelto por el Eclesiástico; pero siendo el reo castigado primeramente por el Secular, no podrá castigarse segunda vez por el Eclesiástico, en atencion á que la pena que aquel imponga se conceptua competente y mas grave por la qualidad de su jurisdiccion (*n.* 40.) (*a*).

22 Delito notorio es el que se comete en presencia de todo el Pueblo ó de la mayor parte, ó de cierto número de personas, que se dexa al arbitrio del Juez, atendida la qualidad del lugar y tiempo. En este delito sin excepcion puede siempre el Juez proceder de oficio, y si interviene acu-sa-

(*a*) Quando otro Juez procede en la causa, porque el primero no impuso la pena correspondiente, se ha de tener en consideracion la primera pena en la imposicion de la segunda, para que el reo no sea castigado mas de lo justo, (*n.* 41. *vers.* Quod in delicto.).

Universidad Rey Juan Carlos

sador no se requiere libelo, contestacion, juramento de calumnia, ni otra solemnidad de acusacion. La citacion sí se exîge para que el reo sea oido y se defienda, á no ser que de la dilacion ó tardanza resulte escándalo ó perjuicio á la República; porque entónces, ni ha de ser citado ni oido. Tambien se requiere, que sin solemnidad ni órden jurídico se pruebe el delito, á lo ménos por dos testigos que depongan su comision, esencia y notoriedad, refiriendo las circunstancias con que esta se acredite, mediante á que quando la ley se funda en alguna qualidad, ante todo debe constar de ella. Y últimamente se requiere la pronunciacion de la sentencia, aunque no sea escrita, ni tenga alguna otra solemnidad de derecho (*nn.* 41. 42. 43. 44. y 45.) (*I*).

23 No puede el Juez ser recusado en este delito notorio quando la pena que por él se impone se halla determinada en el Derecho, porque entónces no puede gravar á la parte; mas no siendo así, ha de admitirse la recusacion (*n.* 46.). Y puede el Juez tambien proceder y executar sin embargo de apelacion, siempre que en la sentencia aparezca que condenó al reo por delito notorio, no si lo condenó simplemente como á otro qualquiera criminoso, aunque si el condenado apela, puede el Juez *ad quem* inhibir al Juez *à quo* para que no execute la sentencia, ya denegase la apelacion expresa, ya tácitamente (*n.* 47.).

24 Asimismo es delito notorio el que se comete en presencia del Juez estando en su Tribunal, tanto por hallarse este presente, quanto por hallarse

(*I*) Por la *ley* 3. *tit.* 10. *lib.* 4. *de la Recop.* indistintamente puede procederse esto contra el ausente por qualquiera crímen; y así no es este particular en el delito notorio, segun nota el Autor *al fin del n.* 42.

Universidad Rey Juan Carlos

se además otros que han de concurrir ; y en este crímen no se requiere prueba, deposicion de testigos, proceso, ni otra solemnidad, é inmediatamente puede el Juez castigar al delinqüente, aunque siempre será mas seguro admitir pruebas para que nada pueda imputársele, y porque acaso el reo cometió el delito en su defensa, mayormente quando en breve tiempo se pueden recibir (*n.* 48. *ley fin. tít.* 16. *part.* 3.).

25 Quando el Juez hace una inquisicion general de todos los delitos, ó de algun delito en género, y encuentra alguna persona culpada, puede inquirir particularmente acerca de ella, y probado el delito condenarla; pero no puede hacer inquisicion particular contra cierta persona, á no ser que precedan fama, indicios ó presunciones contra ella, para que ninguno sea disfamado sin culpa; y si los Jueces practican lo contrario, á lo ménos estarán obligados á la satisfaccion de las expensas, sobre las quales podrán ser reconvenidos en las residencias (*n.* 49. *al princip. y en el vers. Nono.*).

26 Inquiriendo el Juez de oficio, si resultare alguna prueba, se prenderá al reo, y el Juez le recibirá su confesion, dándole despues copia de la inquisicion, y señalándole término de prueba á su arbitrio, dentro del qual tambien el Juez hará se presenten los testigos recibidos en la sumaria para que se ratifiquen en sus declaraciones citada la parte, y podrá hacer se presenten otros diferentes, mandando se haga publicacion de probanzas pasado el término probatorio, y que se dé traslado al reo de estas, á fin de que pueda exponer contra ellas lo que tenga por conveniente ú otra justa defensa: y finalmente se concluirá en la causa, pronunciando posteriormente sentencia interlocutoria de tormento, ó sentencia difinitiva, condenatoria ó absolutoria,

Universidad Rey Juan Carlos

ria, segun haya lugar, como acontece procediendo por via de acusacion (*n.* 50. *ley* 4. *tít.* 29. *part.* 7. *leyes* 2 *y* 3. *tít.* 1. *lib.* 8. *de la Recop.*).

27 El Juez se halla obligado á imponer la pena ordinaria del delito, aunque proceda de oficio; bien que por Derecho Canónico se castiga mas suavemente al reo quando se procede por via de inquisicion, á no ser que el crímen sea notorio, ó se pruebe por confesion de la parte (*n.* 51. *ley* 14. *tít.* 26. *lib.* 8. *de la Recop.*)

28 La Ciudad y Universidad pueden delinquir, y entónces se dice que delinquen como tales, quando cometen delito de propósito y con deliberacion, porque si todos los hombres de alguna Ciudad ó Villa de improviso y sin ánimo deliberado cometen algun homicidio ú otro crímen, no se dice haber delinquido la Ciudad ó Villa, sino singulares personas (*n.* 52.): y cometiendo delito digno de pena pecuniaria, ha de satisfacerse de sus bienes ó propios, pagándose, si no los hay, mediante repartimiento que se haga; pero si el delito fuese gravísimo que pueda uno ser castigado por otro en privacion de bienes, habitacion y fama, como el de lesa Magestad divina ó humana, ha de ser derribada y arada, imponiéndole tan solo una pena arbitraria, quando el delito no sea tan grave, sino simple y comun, como el homicidio, violencia ú otros semejantes (*n.* 53.); y castigándose además en estos dos últimos casos á los Oficiales del Cabildo, Rectores, Gobernadores ú á otras personas particulares que hubieren delinquido (*n.* 54.).

29 El menor infante y próxîmo á la infancia, que es el varon hasta los diez años y medio, y la muger hasta los nueve y medio, por no tener entendimiento ni razon para que pueda atribuírsele dolo ó culpa, no puede delinquir ni ser castigado: y lo

Universidad Rey Juan Carlos

lo mismo se ha de seguir aunque sea capaz de dolo, porque la presuncion está por el infante, y no se admite prueba en contrario; pero el menor púbero ó próxîmo á la pubertad, que es el varon que ha cumplido diez años y medio, y la muger que ha cumplido nueve y medio, es capaz del delito, y queda obligado por él, sin que pueda ser restituido, en atencion á que se conceptua con capacidad para el dolo (*nn.* 57 y 58. *leyes* 9. *tít.* 1. 8. *tít.* 31. 3. *tít.* 8. *part.* 7. 15. *tít.* 1. *part.* 1. 6. *tít.* 5. 4. *tít. fin. part.* 6. *y ley* 15. *tít.* 10. *part.* 1.).

30 La expuesta doctrina acerca del púbero ó próxîmo á la pubertad puede correr únicamente en los delitos que consistan en hacer, mas no en los que consistan en omitir; y por tanto si el menor condenado á destierro no lo cumple, puede ser restituido (*n.* 59.). Tampoco puede correr en el próxîmo á la pubertad con respecto á los delitos de fornicacion y luxuria; pues se excusa, mediante el defecto é impotencia natural con que se considera para ellos por causa de su edad: sucediendo lo mismo aunque sea hábil para la cópula, sin embargo de que en este caso es subsistente el matrimonio por Derecho Canónico, y de que conforme á él si el impúbero, cuya malicia suple la edad para la cópula, la tiene con alguna doncella, queda obligado á dotarla ó casarse con ella: porque las *leyes* 9. *tít.* 1. *part.* 7 *y* 5. *tít.* 1. *part.* 1. que disponen lo dicho en quanto á castigar ó no el delito, deben ser atendidas, mediante á que el remedio de la muger violada no consiste en la pena que se imponga al delinqüente, como consiste el remedio de la vírgen corrompida en que la doten ó se casen con ella; bien que si algun púbero ó mayor de edad hace fuerza á alguna impúbera, no obstante que sea incapaz para la cópula, deberá aquel ser castigado con la pe-

na

Universidad Rey Juan Carlos .

na ordinaria del delito (*n.* 60.). Y finalmente no puede correr en los crímenes dignos de castigo solamente por estatuto ó costumbre, y no por Derecho Comun ó Ley Real, que para nosotros es tambien Derecho Comun; en cuyo supuesto, si en algun pueblo se impone pena á los que de él saquen trigo ú otros comestibles, aunque contravenga el próximo á la pubertad, no será castigado: advirtiéndose, que sin embargo de que el adulto esté obligado en este caso por Derecho escrito, ha de ser restituido (*n.* 61.)

31 Aunque el menor de veinte y cinco años púbero quede obligado por qualquiera crímen, deberá el Juez conmutar la pena ordinaria en una arbitraria; incumbiendo al menor que alega la nulidad del proceso ó el haber sido perjudicado, la prueba de la lesion y de la menor edad, por ser causa de su intencion (*n.* 63. *leyes* 4. 6. *y* 12. *tít. fin. part.* 6. *y ley* 8. *tít.* 31. *part.* 7.).

32 Quando el menor es acusado por algun delito, debe el Juez nombrarle curador que intervenga en la causa y preste su autoridad en ella, porque de otra suerte es el proceso nulo, necesitándose este nombramiento aun quando el menor tenga padre que sea su legítimo administrador; pues esto se entiende en los bienes adventicios, cuyo usufructo pertenezca al padre, y no en las causas criminales; bien que el Juez podrá nombrar á este como á otro qualquiera (*n.* 64. *ley* 11. *tít.* 2. *part.* 3.).

33 El menor acusado está obligado á jurar y responder sobre el hecho y verdad del crímen, del mismo modo que el mayor de edad, y su curador ha de interponer su autoridad en el artículo de si debe ó no responder, é igualmente en el juramento que se presta de decir verdad, porque si esta solemnidad no interviniese, seria nula la confesion en tales términos, que por ella no deberia ser condenado el reo,

aun-

Universidad Rey Juan Carlos

aunque de la confesion hecha en juicio por el mayor en proceso nulo puede seguirse la condenacion; pero no ha de interponer su autoridad en la misma disposicion y exámen que se haga al menor, por consistir este hecho en su ciencia y conciencia, y deberse practicar en secreto para que no tengan lugar instrucciones y modos de encubrir la verdad, mayormente quando prestando el curador su autoridad para el juramento, es visto prestarla para la declaracion (*n.* 65. *ley* 4. *tít. fin. part.* 6.).

34 Al menor compete en las causas criminales el amplio beneficio de la restitucion, que tambien compete á los mayores, y por tanto si en qualquiera parte del pleyto prueba error ó ser falso lo confesado, deberá siempre ser restituido contra la confesion que hizo de haber cometido el delito, aunque hubiese sido jurada y con todas las solemnidades correspondientes; mas no probando error, de ninguna manera ha de ser restituido, porque uno de los requisitos indispensables para gozar de este beneficio es la prueba de haber sido perjudicado, y por confesar el menor la verdad baxo de juramento no ha de creerse que se ha inferido perjuicio, mediante á que tan solo hace lo que debe hacer qualquiera mayor prudente y sabio, y á que no es presumible que el menor fuese perjuro contra sí mismo (*n.* 66. *ley* 4. *tít. fin. part.* 6.) (*a*).

35 El viejo tambien puede delinquir, porque aunque le falten las fuerzas naturales, no le falta el entendimiento, y siendo la pena que corresponde al delito no de muerte sino otra corporal, ya sea arbitraria, ya cierta y determinada por Derecho, ha de

(*a*) Si el menor confiesa el delito no probado ni verdadera ni presuntivamente, ó confiesa en tiempo no oportuno y quando no tiene obligacion, debe ser restituido (*n.* 67.).

Universidad Rey Juan Carlos

de moderarse como en los menores, á causa de su debilidad, por la que podia seguirse la muerte, pues el Juez en imponer la pena siempre ha de mirar la condicion y edad de la persona; pero siendo la pena capital ó pecuniaria, por cesar la razon expuesta no se ha de minorar (*n.* 68.) (*a*).

36 El mudo y sordo en quien por señales no aparece ningun entendimiento, se equipara al infante, demente y furioso, y así no es capaz de delito; mas teniendo entendimiento que ha demostrado por señas, del mismo modo que es hábil para contraher, hacer testamento y exercer otros actos, lo es tambien para delinquir, y deberá ser castigado aun con la pena ordinaria del delito, si es de legítima edad, sin que necesite de curador: y aunque el Juez para averiguacion de la verdad puede exâminarlo y preguntarle por señas, no podrá condenarlo por su confesion, mediante á no ser clara segun se exîge en las causas criminales; por lo que en ningun caso se le ha de dar tormento (*n.* 69.).

37 El furioso, por carecer de juicio y dolo, es incapaz de cometer crímen alguno sino en los lucidos intervalos; á cuya conseqüencia solamente por los delitos cometidos en ellos podrá ser castigado, bien que como otro qualquiera (*n.* 70. *ley* 9. *tít.* 1. *part.* 7.).

38 Se presume cometido el delito en tiempo del furor, si el delinqüiente prueba haber estado furioso ántes de la comision del crímen, por presumirse que dura hasta este tiempo, y de consiguiente el acusador ó Juez, si procede de oficio, debe probar que se cometió el delito en algun lucido inter-

va-

(*a*) Tambien se han de moderar estas penas, si la senectud es tan abanzada que por ella ha padecido detrimento la facultad intelectiva. (*n.* 69.)

Universidad Rey Juan Carlos

valo; pero si el reo no prueba el furor precedente al crímen, y solamente alega que estuvo furioso al tiempo de él, tiene obligacion de probarlo, porque de lo contrario se juzga cometido en el tiempo de la sanidad, en atencion á que qualquiera se presume como debe ser naturalmente (*n.* 71.) (*a*).

39 Cometiendo el furioso algun delito quando se halla en su juicio, si despues sobreviene el furor, durante este no podrá ser castigado, así por ser esta opinion mas piadosa, y deberse abrazar en duda, como porque acaso tiene el furioso alguna justa defensa que su curador ignora. A estas razones se agrega otra muy eficaz que consiste, en que debiendo el Juez conceder al reo término para confesar sus pecados ántes de la execucion de la sentencia, será justísimo dilatar la pena hasta el tiempo de la sanidad, sustentándose en el entretanto de sus bienes, si los tiene, y si no del público (*n.* 72. *leyes* 9. *tít.* 1. *part.* 7. *y* 15. *tít.* 1. *part.* 1.).

40 El que comete algun homicidio ú otra especie de crímen, estando borracho, no ha de ser castigado con la pena ordinaria que corresponde, sino con otra mas suave arbitraria, porque aunque por la ebriedad carece de dolo, no de culpa (*n.* 73. *ley* 5. *tít.* 8. *part.* 7.). Lo mismo debemos decir del que estando dormido se levanta con sueño y hace algun delito, si sabiendo que esto le acontecia, no se hiciese encerrar solo donde á nadie pudiera perjudicar; pues si lo ignoraba, ni aun con pena leve ha de ser castigado, por carecer absolutamente de culpa (*n.* 74. *dic. ley* 5.).

41 El pródigo que se halla privado de la adminis-

(*a*) Si reflexîonadas todas las circunstancias, se duda en qué tiempo se cometió el delito, se ha de presumir como mas favorable que en el del furor (*n.* 72. *al fin.*).

Universidad Rey Juan Carlos

nistracion de sus bienes puede delinquir y ser castigado, sin embargo de que se juzga sin entendimiento, y se equipara al furioso, mediante á que esto debe entenderse con respecto al testamento y á la enagenacion ó administracion de sus bienes, y no con respecto á los delitos para los quales tiene capacidad (*n.* 75.).

42 Ultimamente el siervo es capaz de delito, y puede ser castigado aun con mayor pena que el hombre libre, observándose en su proceso todo lo que se observa quando se procede contra este, é imponiéndosele en lugar de la pena pecuniaria otra arbitraria corporal, de la qual se libra, pagando el dueño por él la pecuniaria: y aunque no hay necesidad de citar al Señor, porque todo el juicio se ventila con el mismo siervo como persona principal, y porque quando se procede principalmente contra alguno, no es necesario se cite al tercero interesado segundariamente: podrá sin embargo por sí ó por Procurador defenderlo, alegar en favor suyo, y aun probar que el siervo no cometió el delito que tiene confesado, por razon del interes que en ello tiene. De aquí se infiere que lo mismo ha de verificarse, teniendo que satisfacer el padre ú otra persona en virtud de ley ó estatuto alguna pena pecuniaria por el delito de otro; siendo digno de advertir, que la confesion espontánea del siervo no es bastante para condenarlo, si no concurre con ella semiplena prueba ó indicios urgentes, por el perjuicio que se sigue al Señor, aunque sí basta la hecha en tormento precediendo los indicios correspondientes (*n.* 76. *leyes* 8. *al princ. tít.* 31. *part.* 7. *y* 10. *tít.* 1. *dic. part.*).

43 Todo lo antedicho se entiende quando por el delito se procede criminalmente contra el siervo, no si cometió el crímen de hurto ú otro semejante, por el que civilmente es reconvenido el Señor, quien

Universidad Rey Juan Carlos

quien en este caso debe satisfacer el daño ó entregar por él al siervo; bien que esto sucede, si se ocasionó el perjuicio no sabiéndolo ó no pudiéndolo prohibir el Señor, pues de otra suerte quedará obligado *in solidum* (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley* 5. *al fin tít.* 15. *part.* 7.).

44. Con la muerte del delinqüente se extingue el delito público ó privado en quanto á la pena corporal, exceptuándose para memoria y terror por la práctica comun de este Reyno los atrocísimos crímenes, como el de lesa Magestad divina y humana, el de sodomía, y el que se comete quando alguno se quita á sí mismo la vida (*nn.* 78 y 79.). Igualmente se extingue en quanto á la pena puesta contra los bienes y confiscacion de ellos, á excepcion de varios casos. El primero, quando se comete el delito de heregía: el segundo, quando se incurre en el de lesa Magestad humana: el tercero, quando el Juez durante su oficio recibe ilícitamente algunas cantidades ó cosas de los súbditos litigantes: el quarto, quando se executa el crímen de peculado, que consiste en substraher alguna cosa sagrada ó pública: el quinto, quando alguno se mata á sí mismo despues de haber sido acusado, ó de haberse inquirido contra él sobre algun delito, ó de haber sido hallado en él, siempre que por este se hubieran de confiscar los bienes, pues se tiene por confeso y condenado, aunque los herederos puedan probar lo contrario; y el sexto, quando se comete crímen por el que se impone la pérdida de bienes *ipso jure* ó *facto* (*n.* 80. *ley* 7. *tít.* 1. *part.* 7.).

45 El séptimo, quando muere el reo despues que la sentencia condenatoria pronunciada contra los bienes ha pasado en autoridad de cosa juzgada, porque si muere quando se apeló de la sentencia ó se está dentro del término de la apelacion, no pasa la pe-

Universidad Rey Juan Carlos

pena de confiscacion de bienes á los herederos, mediante á que en estos casos no tiene la sentencia su efecto consumado; y la causa principal se reduce al estado en que se hallaba ántes de la contestacion del pleyto: debiendo esto último entenderse en el caso que la pena de confiscacion se imponga accesoriamente y á conseqüencia de la impuesta contra la persona, por reputarse entónces una sola sentencia, y habiéndose extinguido la pena corporal, con precision ha de extinguirse la que se impuso contra los bienes; mas no en el caso que esta se imponga de por sí y principalmente, porque se conceptuan dos sentencias, y una vez que se hayan pronunciado, pasará sin duda la pena de confiscacion á los herederos (*nn.* 82. y 83.).

46 Aunque se extingue el juicio pendiente con la muerte del reo, podrá su heredero pedir al Juez que declare no haber el difunto cometido el delito que se le imputa, recibida sobre esto una informacion ó prueba jurídica y verdadera, y el Juez está obligado á hacerlo para evitar la infamia del difunto (*dic. n.* 83. *vers. Unum tamen.*).

47 En todos los casos que el delinqüente puede ser acusado despues de su muerte, bien por la pena corporal, bien por la que se impone contra los bienes, ha de ser dentro de cinco años contados desde el fallecimiento del reo excepto el crímen de heregía que puede acusarse en el transcurso de quarenta, aunque los bienes se apliquen al Fisco Real, atendido un texto del Derecho Canónico cuyas disposiciones se observan hoy en el proceso de este delito (*n.* 81. *ley* 7. *tít.* 25. *part.* 7.).

48 Lo expuesto acerca de la pena de confiscacion no puede correr en la pena civil pecuniaria que ha de aplicarse á la parte, pues llegándose á contestar la causa, no obstante la muerte del reo se conti-

tinua contra los herederos con respecto á la dicha pena pecuniaria. Verificado el fallecimiento ántes de la contestacion sucede lo contrario, y por tanto estuprándose alguna doncella, si el estuprador fallece no contestado con él el pleyto, no podrá aquella reconvenir á sus herederos sobre la dote; bien que atendida la equidad canónica estan obligados los herederos á satisfacerla para descargar la conciencia del difunto (*n.* 84. *ley* 25. *tít.* 1. *part.* 7.).

49 Muerto el ofendido, sea ántes ó despues de la contestacion, pasa á sus herederos la accion civil pecuniaria que le compete por la satisfaccion de los daños é intereses, como acontece en el hurto y otros crímenes semejantes; pero no pasa á ellos por la pena aplicada á la parte para el escarmiento, sino habiéndose contestado la causa. De aquí se infiere que la accion de dolo ú otra accion penal por la misma cosa, interes ó daño no compete contra los herederos del delinqüente hasta que se conteste el pleyto, á no ser que á ellos haya llegado alguna cosa, ó á lo ménos se hayan hecho mas ricos, exceptuándose el hurto, por cuya freqüencia la condicion furtiva pasa contra los herederos para conseguir la estimacion, aunque nada haya llegado á ellos. Esto debe entenderse con respecto al Derecho Civil y no con respecto al Canónico y su equidad, segun la qual los herederos estan obligados en quanto permite la herencia para descargo de la conciencia del difunto; y podrán ser compelidos por el Juez Eclesiástico á satisfacer, no obstante que sean legos y en las tierras del Imperio (*n.* 85. *leyes* 25. *tít.* 1. *fin tít.* 9. 2. *tít.* 13. 3. *tít.* 15. *y* 3. *tít.* 16. *part.* 7.).

50 En los delitos se surte fuero por razon del domicilio y orígen, pero principalmente se surte en el lugar donde se cometió el crimen: en cuya atencion,

Universidad Rey Juan Carlos

cion, si el Juez del Pueblo del delito libra requisitoria para que el Juez del Lugar del domicilio ú orígen que prendió al criminoso en su territorio, lo remita, deberá este obedecerla, haya ó no principiado á conocer del delito, sin que preceda conocimiento de causa, y sin que conste haberse cometido el crímen en la jurisdiccion del que pide la remesa (*n.* 87.) (*a*).

51 La sentencia pronunciada contra alguno no aprovecha ni perjudica al cómplice en el delito, sin embargo de que sea conexô como el estupro, incesto y otros, y de que hayan sido acusados á un mismo tiempo, segun puede hacerse; de tal forma que si pronunciada sentencia contra muchos uno apela y otro no, podrá el Juez ponerla en execucion inmediatamente contra este y no contra aquel, así como puede pronunciar sentencia contra alguno y executarla si se le justificó el delito, aunque la instancia continue contra otros. Tampoco aprovecha al compañero en el crímen la sentencia absolutoria dada en favor de alguno sino en el adulterio por favor especial del matrimonio: notándose que los dos adúlteros pueden ser acusados juntamente, sin que haya necesidad de hacerlo así, no obstante que hallados en el mismo delito no se puede quitar la vida á uno solo (*nn.* 88. *y* 89. *ley* 19. *tít.* 17. *part.* 7.) (*b*).

52 En muchos casos se verifica que la sentencia pronunciada contra alguno perjudique á otro en quanto á los bienes, como quando el crímen es tal que

(*a*) El Juez que pide la remesa, debe hacer justificacion sumaria del delito é insertarla en el requisitorio para que se execute (*n.* 88.).

(*b*) Por la *ley* 2. *tít.* 20. *lib.* 8. *de la Recop.* no puede un adúltero ser acusado sin otro (*n.* 90.).

Universidad Rey Juan Carlos

que por él se prohibe la enagenacion de los bienes desde el dia de su comision; pues en este caso la sentencia dada contra el delinqüente perjudica sin duda á los poseedores de los bienes prohibidos de enagenarse (*n.* 90.).

53 Si por ignorancia del Juez, malicia suya ó de los testigos, ó por otra qualquiera causa es condenado en pena capital algun inocente, constando despues del verdadero criminoso, no se librará por la pena de aquel de la correspondiente al delito (*dic. n. vers. Quarta conclusio.*).

CAPITULO II.

Del crimen de lesa Magestad Divina y Humana.

1 El crímen de lesa Magestad ó es de lesa Magestad Divina ó de lesa Magestad Humana. El primero es la heregía, cuyas penas son las de descomunion *ipso jure*, de quema y confiscacion de bienes tambien *ipso jure* desde el tiempo que se cometió el delito, pasando inmediatamente el dominio al Fisco Eclesiástico si es en las tierras de la Iglesia, y al Secular si es en las del Rey ó Emperador, é infiriéndose que probado el delito despues de la muerte del reo se puede pronunciar sentencia declaratoria contra él y sus bienes (*n.* 1. *leyes* 2. *tít.* 26. *y* 7. *tít.* 1. *part.* 7.).

2 A conseqüencia de lo expuesto la enagenacion, bien onerosa, bien lucrativa, que se haga de los bienes del herege despues de la comision del crímen, será *ipso jure* inválida, y podrá el Fisco reivindicarlos de qualquiera poseedor, como verdadero dueño sin necesidad de ofrecer el precio, sino es en el caso de haberse este convertido en utilidad

Universidad Rey Juan Carlos

del sentenciado, ó por permanecer todavía, ó porque con él se compró alguna cosa, segun se observa quando por el acreedor se revoca la enagenacion fraudulenta (*n.* 2.); pero aunque pasa el dominio al Fisco, no pasa la posesion, y por tanto los hijos del herege ú otros extraños poseedores pueden prescribir sus bienes aun contra la Iglesia Romana por el espacio de quarenta años (*n.* 3.).

3 Tambien por este delito se incurre en la pena de inhabilitacion de los hijos con respecto á toda dignidad y oficio público, espiritual ó temporal, hasta la segunda generacion por línea paterna y hasta la primera por la materna; de suerte que el hijo é hija de varon herege y el nieto habido de hijo son inhábiles, pero no el nieto de hija por seguir la familia de su padre: siendo tambien inhábiles el hijo é hija de la muger herege, no los demas descendientes; y si por ventura alguno de los dichos exerce oficio que le está vedado, incurre *ipso jure* en la pena de confiscacion de sus bienes (*n.* 4.).

4 El segundo crímen de lesa Magestad humana se comete ofendiéndose al Emperador, Rey, República que no reconoce superior, ó á individuo del Consejo y Consistorio del Príncipe, por juzgarse parte suya, segun se verifica en los Cardenales respecto del Sumo Pontífice (*n.* 6. *ley* 1. *tít.* 2. *part.* 7.); mas no se comete quando es ofendido algun Duque, Conde ú otro Magnate, sino que estos reconocen superior como vemos en muchos Señores de la Italia: siendo indispensable para la comision de este crímen que el que ofende sea súbdito del ofendido (*n.* 10. *dicha ley* 1.).

5 Se comete tambien este crímen sacándose violentamente de la cárcel al reo de lesa Magestad despues que por confesion ú otra prueba legítima se le ha justificado el delito, siempre que se hallase preso

por

Universidad Rey Juan Carlos

por Juez del Emperador ó Monarca, y no por Juez del Duque ú otro Magnate que reconoce superior, porque en este caso no se ofende al Príncipe segun se requiere (*n. 7. dic. ley* 1. *al fin.*). Y finalmente se comete este crímen y ha de imponerse la misma pena, quando sabiendo alguno que habia de cometerse por otro contra el Monarca ó República, no lo prohibió ó no reveló pudiendo hacerlo; pues aunque regularmente ninguno debe ser castigado por no prohibir ó no revelar el delito que sabe se intenta cometer contra otro, lo contrario sucede en el de lesa Magestad (*nn.* 8. y 9.), de tal forma que tiene lugar lo dicho, aun quando el sabedor no pueda probarlo, mediante á que hace lo que está de su parte, y á lo ménos hay un testigo legítimo por el que se puede proceder á la captura (*n.* 4. *vers. Et ex his potest inferri*, *cap.* 3. *de homic.*).

6 Igualmente se advierte la obligacion de prohibir ó revelar en el siervo, familia, hijos y descendientes respecto de la muerte ú ofensa que habia de inferirse á su señor ó ascendiente, así como en los que tienen en su potestad á aquellos que cometen el delito, y hallándose presentes no lo impiden, y en aquellos que viendo que un familiar, amigo ó extraño comete algun delito para vengarlos, no lo prohiben: porque todos estos deben ser castigados, como si ellos mismos lo hubiesen cometido (*dic. nn. y n.* 4. *vers. Regulariter*, *cap.* 3. *de homic. ley fin. tít.* 8. *part.* 7.).

7 Al reo de este delito se ha de imponer la pena capital, se han de confiscar todos sus bienes, sucediendo y observándose en quanto á ellos todo lo que hemos dicho de los que se confiscan por el crímen de lesa Magestad Divina, y se ha de destruir la casa de su habitacion, sin que en tiempo alguno pueda erigirse para perpetua memoria de su infamia

Universidad Rey Juan Carlos

(*nn.* 11. *y* 17. *leyes* 2. *y* 4. *tít.* 2. *part.* 7. *y ley* 6. *tít.* 27. *part.* 2.).

8 Además de estas penas se impone á los reos la de inhabilitacion de los hijos, privándose de la sucesion de los ascendientes por una y otra línea, de la sucesion de todos los próxîmos colaterales y de la sucesion de los extraños por testamento; y haciéndose infames é incapaces de obtener honores, dignidades y oficios públicos, y de ser testigos, á excepcion que las hijas pueden percibir de los bienes maternos su legítima por testamento ó abintestato. No obsta aquella autoridad de la Sagrada Escritura: *Filius non portabit iniquitatem patris*, mediante á que debe entenderse con respecto á la pena eterna y no temporal, que segun el Derecho Divino puede imponerse á uno por el crímen de otro (*n.* 13. *dic. ley* 2. *tít.* 2. *part.* 7.).

9 Quanto hemos dicho de los hijos del que comete delito de lesa Magestad Humana, se extiende á los nietos siempre que el delinqüente sea varon, con arreglo á lo que expusimos sobre este particular en el crímen de lesa Magestad Divina, que se halla establecido por Derecho Canónico (*n.* 15.): y solamente puede correr en los hijos ó nietos nacidos despues de la comision del delito, sin embargo de que el hijo nacido ántes que el padre sea Duque, Conde ú obtenga otra qualquiera dignidad ó mayorazgo, es preferido en todo esto al que nazca despues que el padre lo haya conseguido (*n.* 16. *ley* 6. *tít.* 27. *part.* 2. *y ley* 3. *tít.* 8. *lib.* 8. *de la Recop. Puede verse al* Aillon *n.* 17. *y á* Belañ, *Curia Philip.* 1. *part.* §. 2. *n.* 24.).

CA-

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO III.

Del Homicidio.

1 Otro de los delitos públicos es el homicidio, crímen gravísimo que se castiga regularmente con la pena capital, y siendo los homicidas personas ilustres y constituidas en dignidad con la de destierro, á no ser que haya costumbre de imponérseles la pena de muerte, y se pruebe expresa y jurídicamente: debiendo ántes de condenarse en pena alguna consultarse al Príncipe, á excepcion del caso en que el crímen se cometa contra personas iguales, porque entónces el Juez Ordinario podrá condenarlos (*nn.* 1. *y* 2. *leyes* 8. 10. 15. *y penúlt. tít.* 8. *part.* 7. *leyes* 2. *y* 3. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*).

2 En muchos casos se agrava este delito y de consiguiente su pena. El primero, quando se comete el crímen de parricidio que se verifica con la muerte de ascendiente y descendiente en infinito, con la de colateral dentro del quarto grado, con la de marido y muger, con la de suegro, suegra, yerno, nuera, padrastro, hijastro, patrono y patrona que se tienen en lugar de padres é hijos; y finalmente con la muerte de hijo ó padre natural tan solo, porque considerándose el derecho natural de sangre baxo de la palabra *padres é hijos* se comprehenden los naturales. La pena del parricida es atrocísima y no tiene semejante en nuestro Derecho; pues habiendo sido azotado se introduce en un arca ó saco de cuero con quatro animales contrarios naturalmente, es á saber, un gallo, una vívora, un perro y una mona, en atencion á haber cometido un delito contra el Derecho Natural, y de esta suerte se arroja al mar ó rio mas próximo para siempre, quedando privado

Universidad Rey Juan Carlos

do de sepultura: y aunque segun la *ley* 12. *tít.* 8. *part.* 7. habia de incluirse vivo, segun la práctica del Reyno se incluye habiéndosele quitado la vida con algun género de pena (*n.* 3.) (*I*).

3 Al socio en este delito aunque extraño se ha de imponer la misma pena que al principal parricida, de lo qual se colige que si el no súbdito comete con el que lo es el crímen de lesa Magestad humana, debe ser castigado con igual pena (*dic. n. vers. Item etiam adde, dic. ley* 12.). Asimismo si el descendiente sabe que se ha de cometer algun delito contra el ascendiente, ó por el contrario, y no lo revela ni prohibe pudiendo, se ha de castigar como si cometiese verdaderamente un parricidio; bien que al hermano ó colateral dentro del quarto grado por sola su ciencia se impondrá la de destierro ú otra semejante extraordinaria (*n.* 4. *dic. ley* 12.).

4 El segundo caso es, quando se comete el homicidio con alevosía, esto es, sin preceder riña y no cara á cara, juzgándose tambien proditorio el homicidio si el agresor y difunto eran amigos, aunque hubiese sido rostro á rostro, porque este mediante la amistad no pudo precaverse. El alevoso se castiga con la pena de horca, siendo ántes arrastrado á la cola de un caballo ú otro animal por las calles públicas, y con la confiscacion de la mitad de sus bienes, no teniendo lugar la apelacion de la sentencia condenatoria. La misma pena se impone por la injuria proditoria ó hecha seguramente, siempre que de ella resulte herida, pues si dexa de seguirse no se puede imponer pena capital sino otra corporal ó de destierro á arbitrio del Juez atendi-

(*I*) La pena de azotes no está en uso, como tampoco la introduccion de los expresados animales en el arca ó vaso de madera, aunque sí se suelen pintar en él.

Universidad Rey Juan Carlos

didas las circunstancias de la injuria (*n.* 5. *ley* 16. *tít.* 23. *part.* 3. *leyes* 2. 7. 10. 12. *y* 15. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*).

5 El que asiste y ayuda al homicida alevoso para que mas fácil y seguramente cometa el delito, aunque no hiera al muerto, ha de sufrir igual pena que aquel, porque con su auxîlio se haria mas animoso, y acaso sin él no hubiera cometido el delito: mayormente quando el principal reo y su coadjutor deben ser castigados con igualdad; y por tanto si el criminoso principal no comete la muerte alevosamente, como que este no merece la pena capital, tampoco el que le prestó ayuda (*n.* 6.).

6 El tercero, quando se causa la muerte con veneno, por cometerse seguramente y quitarse la defensa al ofendido, en cuya atencion deben imponerse al reo de este delito sin distincion alguna las mismas penas que hemos dicho se hallan establecidas contra el homicida alevoso: castigándose al que comprase veneno para darlo á otro, aunque no lo diese, á arbitrio del Juez habida consideracion de las circunstancias de ambas personas, sino es que alguno lo comprase para darlo á su padre, porque entónces mediante la gravedad del crímen y grande veneracion que se le debe, ha de ser aquel castigado con la pena capital (*n.* 7. *ley* 16. *tít.* 23. *part.* 3.).

7 Este delito no se prueba plenamente como suelen probarse los demas, y así no bastará que los testigos declaren haber visto dar el veneno y seguirse despues la muerte, ó que el mismo reo lo confiese, por no poder conocer si era ó no veneno, ni la operacion que podia hacer en el cuerpo humano, sino que el Juez deberá coadyuvar la prueba haciendo que los Médicos y Cirujanos depongan si era veneno, y si con él pudo causarse la muerte, con arreglo á las señales y calidades que observen en el cadá-

dáver, y escribiéndose todo en el proceso: cuya prueba es bastante y aprobada por derecho, en atencion á que no puede haber otra mas evidente (*n.* 8.).

8 Para evitar las perjudiciales resultas que se siguen de estas cosas venenosas, tienen dispuesto las leyes que sea castigado el que las venda pública ó privadamente, aunque sea sin dolo, siempre que haya culpa ó temeridad, como si se vendiesen al demente, siervo, menor ó meretriz, y no á hombre prudente ó muger discreta: y en este caso la pena no será ordinaria sino mucho menor con respecto á la gravedad de la culpa, sin embargo de que se hubiese seguido alguna muerte: quedando obligado el vendedor, si el comprador fuese siervo que á sí mismo se hubiese quitado la vida, á la satisfaccion del precio y de todo el interes (*n.* 9.).

9 El quarto, quando se comete el crímen de asesinato que acontece, quitándose á alguno la vida por precio que se recibe de otro. Dícese que este delito se comete con alevosía, porque como el agresor no es enemigo, no pudo el ofendido precaverse; por lo qual todas las penas establecidas contra los alevosos tienen lugar contra los asesinos (*n.* 10.); y el que da el dinero para que se mate ú ofenda á otro, no siguiéndose el efecto será castigado con pena arbitraria por el ánimo que tuvo de matar ú ofender; pero no es de omitir que ya se pruebe la muerte ú ofensa verdaderamente, ya por indicios ó presunciones, en duda siempre se presume que el delinqüente la hizo por vengarse á sí mismo y no por otro, si no consta que este era enemigo capital del ofendido y amigo ó pariente del ofensor (*n.* 11.) (*a*).

El

(*a*) Si el asesino llegó hasta un acto próximo al delito, debe ser castigado con la pena ordinaria, y si hasta un acto remoto, con una mas suave y extraordinaria (*n.* 12.).

Universidad Rey Juan Carlos

10 El quinto, quando se comete el homicidio habiendo precedido desafio y convencion de reñir en cierto lugar; pues si el desafiador mata al desafiado (lo mismo debe decirse, si lo hiere), además de la pena ordinaria se le confiscan todos sus bienes: debiendo tambien confiscarse aunque no imponerse pena corporal, si solo hubo desafio y no riña, muerte ó herida; mas si el desafiado mata ó hiere al desafiador, por haber sido provocado no se castiga con pena alguna corporal sino con la de perpetuo destierro (*n.* 12.) (*I*).

11 El sexto caso es, quando alguno se mata á sí mismo, bien lo haga por tedio de la vida, dolor, impaciencia ú otra qualquiera causa, bien por el miedo de algun delito que haya cometido: porque segun costumbre se ahorca el cadáver, y segun Derecho se confiscan todos los bienes no habiendo hijos ni descendientes (*n.* 13. *ley* 8. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*).

Hi-

(*I*) Los que desafien, los que admitan el desafio, los que intervengan en este por terceros ó padrinos, los que lleven carteles con noticia de su contenido ó recados de palabra para el mismo fin, pierden irremisiblemente por el mismo hecho todos los oficios, rentas y honores que tengan por Real gracia, y quedan inhábiles para tenerlos durante su vida: y si el desafio ó duelo llega á tener efecto, saliendo los desafiados ó alguno de ellos al campo ó puesto señalado, aunque no haya riña, muerte ó herida, han de ser sin remision alguna castigados con pena de muerte, y todos sus bienes confiscados: debiendo ser condenados en seis meses de prision y multados en la tercera parte de sus bienes los que vieren y miraren los desafios quando riñeren, y no lo embarazaren pudiendo, ó no fueren luego á dar aviso á la Justicia. Así se halla prevenido en la Pragmática de 28 de Abril de 1757, expedida por el Señor Don Fernando VI, que es la *ley* 12. *tít.* 8. *lib.* 8. *de la Récop.* Puede verse, porque habla con extension del mencionado delito.

Universidad Rey Juan Carlos

12 Hiriéndose alguno de propósito y por el miedo de la pena de algun crímen que cometió digno de la capital y de confiscacion de bienes despues de haber sido acusado, se tiene por confeso é incurre en las dichas penas; pero hiriéndose por tedio de la vida ú otra qualquiera causa, debe castigarse segun el arbitrio del Juez, como si hiriese á otro, por no ser ninguno dueño de sus miembros (*n.* 14.).

13 En muchos casos se excusa el homicida de la pena de este delito, ó en todo ó en parte. El primero, cometiéndose el homicidio sin dolo, pues entónces no debe imponerse la pena capital, aunque la ley ó estatuto hubiese dispuesto simplemente que el homicida se castigase con la de muerte (*n.* 15.): y por tanto si alguno de un árbol inmediato á camino derriba alguna rama, y por no avisar quitase la vida á algun pasagero, ha de ser castigado con pena arbitraria y mas suave que la de muerte. Tambien si en juego de esgrima uno mata á otro, no sufrirá pena alguna, y solamente podrá ser reconvenido por la satisfaccion de los daños: entendiéndose lo dicho aun quando en el homicidio intervenga lata culpa, porque esta se equipara regularmente al dolo en los contratos, no en los delitos de pena corporal (*n.* 16. *leyes* 4. *y* 5. *tít.* 8. *y ley* 6. *tít.* 15. *part.* 7. *ley* 13. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*).

14 Hay algunos casos en que por sola la negligencia ó culpa se impone castigo corporal: v. gr. al Alcayde de la cárcel, por cuyo descuido se huye algun preso, imponiéndosele el que habia de imponerse á este: al Juez que por ignorancia y culpa condena injustamente á alguno en pena capital; y al Médico ó Cirujano, que por impericia privan á otro de la vida, los quales se castigan con la pena de destierro por cinco años, debiendo si el enfermo era siervo satisfacer su estimacion, é incurriendo en la pe-

Universidad Rey Juan Carlos

pena capital si cometiéron el homicidio con dolo ó malicia (*n.* 16. *Aliqui tamen*, *ley* 12. *tít.* 29. *y* 6. *tít.* 8. *part.* 7.).

15 En caso de duda siempre se presume que el homicida cometió el delito con dolo y propósito, quedando salvo al homicida el derecho de probar lo contrario, ó por la qualidad del hecho, como en los casos expuestos (*n.* 17.), y quando se encuentra muerto en el lecho de su padre ó ama el niño de un año ó recien nacido (*n.* 19.), ó por la qualidad de la persona, v. gr. si el homicida era consanguíneo, afin ó amigo del muerto: ó por la calidad del instrumento con que se cometió el delito, como si hubiese sido báculo, piedra ó puño, siempre que el reo hubiese tenido otro mas fuerte y perjudicial del qual no quiso valerse, ó aunque no lo hubiese tenido, si quiso herir ú ofender con la parte ménos nociva; v. gr. con el puño de una espada y no con ella, bien sucediese en riña, ó bien de propósito: en todos los quales acontecimientos se impone una pena arbitraria con respecto á la culpa (*dic. n.* 17.).

16 Si alguno se dirige contra otro solamente con ánimo y propósito de azotarlo ó injuriarlo, protestándolo así, y despues de haberlo puesto en execucion con algun palo, báculo ú otro instrumento semejante, se sigue la muerte, ha de ser castigado con la pena capital sin que se considere la calidad del instrumento: porque el crímen se cometió de propósito y no en riña, y quando el delito ó hecho es tal, que no puede modificarse ó medirse por la voluntad del delinqüente, sino que puede extenderse con verosimilitud á mas de lo intentado, se castiga tambien por las resultas: así como se verifica, si mandándose á alguno que azote á otro, pero que no le quite la vida ni corte miembro, el mandatario se excede en el mandato y causa la muerte,

 aun-

aunque el mandante hubiese expresado al mandatario que azotase con vara ú otro instrumento no idóneo para matar, y de la herida causada con este se hubiese seguido la muerte (*dic. n.* 17. *vers. Ex quibus, y n.* 18.) (*a*).

17 El segundo caso en que el homicida se excusa en todo ó en parte de la pena del homicidio, es quando lo comete por su propia defensa, porque con esta circunstancia á qualquiera es lícito, segun Derecho Divino, Natural y Positivo, quitar la vida á su agresor, aunque sea furioso ó mentecato, y aunque sea Clérigo, sin que incurra en irregularidad y descomunion (*n.* 20. *ley* 2. *tít.* 8. *part.* 7. *y leyes* 3. *y* 4. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*). Y no tan solo puede cometerse el homicidio por defensa propia, sino tambien por la de un consanguíneo ó extraño, bien este pidiese auxîlio ó no, bien el agresor sea Clérigo ó lego; pues de tal suerte es permitida la defensa por Derecho Natural y Positivo, que puede tambien hacerla un extraño, causando la injusticia del agresor que por qualquiera pueda ser ofendido ó muerto (*n.* 21.).

18 En tanto es verdad que por la propia defensa se puede quitar la vida ú ofender al agresor, que no se necesita para ello efectiva ofensa, y es muy suficiente ver venir á alguno con armas y ánimo de ofender, mediante á que por esto se juzga el que es acometido en peligro de perder la vida: pudiendo resistir y defenderse aun con instrumentos mas

(*a*) Parece muy rigurosa la opinion de nuestro Gomez, segun la que ha de ser castigado con pena capital el que manda azotar á otro con la protestacion de que no le quite la vida, si el mandatario se excede y muere el ofendido: siendo la comun resolucion de los DD. que al mandante en tal caso se ha de imponer pena extraordinaria y mas suave (*n.* 19.).

Universidad Rey Juan Carlos

mas fuertes y nocivos que los que traiga el agresor, y no obstante de que este venga sin armas, amenazándole solo y queriéndole dar de bofetadas, en cuya hipótesis no se incurre en pena, porque siendo lícita tal defensa por las cosas, con mayor motivo lo será para su persona y honor (*n.* 22. *ley* 2. *tít.* 8. *part.* 7.).

19 Para que el que se defiende quede excusado en un todo de la pena, es indispensable que de otro modo no pudiera evitar la injuria, y por tanto si estando en su facultad el huir sin peligro de su salud y honor, que debe conservarse y preferirse á todo lucro, no lo hiciese, será castigado por haberse excedido en la defensa, aunque con pena arbitraria y mas suave que la de muerte, en atencion al justo dolor que no puede temperarse y disminuye la culpa, y á que el delito debe imputarse al agresor que dió causa á él; lo qual tambien se verifica quando el agresor es herido ó muerto por solas palabras é injurias verbales (*nn.* 23. *y* 24. *ley* 14. *tít.* 17. *part.* 7.).

20 Si alguno mata á otro, de los quales uno fué agresor, pero se ignora si el homicida ó el difunto, está aquel obligado á sufrir la pena de muerte, si no prueba que lo hizo por su defensa, mediante á que siempre se presume el homicidio cometido con dolo, y por lo mismo el reo debe probar la excepcion de defensa en que se funda (*n.* 25.).

21 Asimismo si el reo de algun homicidio confiesa que lo cometió, mas por su propia defensa y no aparecen otras pruebas, únicamente en virtud de su confesion ha de ser castigado, aceptándola el Juez en quanto á una parte, y repudiándola en quanto á otra, sin embargo de que en aquellas cosas que consisten en la propia conciencia y mente de alguno, se está á su asercion juramentada, por deber esto entenderse quando contra él no milita ninguna presun-

Universidad Rey Juan Carlos

suncion de derecho; bien que no ha de ser castigado con la pena ordinaria del delito sino con otra menor extraordinaria, porque la condenacion se hace solo por una presuncion que hay contra el reo, mayormente quando no se halla otra prueba que su confesion no absoluta sino modificada, por lo que es dudosa y no segun se exîge (*n.* 26.) (*a*): y en caso de querer probar que lo cometió en su defensa, puede hacerlo por conjeturas y pruebas presuntivas, que se dexan al arbitrio del Juez; pues contra un dolo presunto basta una prueba contraria de la misma especie: probando suficientemente en este acontecimiento los testigos que depongan de credulidad, y admitiéndose los consanguíneos, afines, domésticos y familiares (*n.* 27.).

22 El tercer caso en que se excusa el homicida, es quando la muerte se siguió no de la herida, y sí de la culpa ó negligencia en curarla, para cuya prueba se ha de estar á la deposicion de los Médicos (no bastando la de uno solo si hay muchos en el pueblo), en la que expresen si la herida era ó no mortal, y si aprovecharia la cura ó hubo exceso en ella (*n.* 28.).

23 No probándose que la muerte se siguió ó de uno ó de otro, sino solo que resultó despues de haberse causado la herida, se presume que fué por causa de esta, del mismo modo que si se prueba que se siguió incontinenti, ó que el herido estuvo enfermo desde el tiempo de la herida hasta el de la muerte; pero si se prueba que despues de la herida recobró enteramente la salud, y que habiendo sobrevenido otra enfermedad falleció, se conjetura que

(*a*) En este caso ha de constar á lo ménos del cuerpo del delito, y de otra suerte el reo no podrá ser condenado en virtud de su confesion (*n.* 27.).

Universidad Rey Juan Carlos

que esta fué causa de la muerte; y dudándose por los excesos del herido si la herida era ó no mortal, es de presumir no serlo, si hubiese andado bien á los tres dias ú otro breve término (*n.* 29.).

24 Por intentar la comision de un crímen, aunque se peca no se incurre en pena alguna, siempre que no se hubiese procedido á algun acto, porque en los delitos se consideran regularmente tres cosas; es á saber, el ánimo, el hecho para que se siga el delito, y si este es digno de castigo por ley; mas si se procedió á algun acto y no se consumó el crímen, en los delitos no atroces ni gravísimos se impone una pena arbitraria, así como en los que sean atroces por costumbre y no por derecho: exceptuándose la injuria hecha alevosamente segun lo expuesto en el n. 4. de este capítulo (*n.* 30.).

25 Aunque se espere que el ofendido muera por causa de la herida, no se puede acusar al reo sobre la muerte, por no nacer la accion y acusacion de ella hasta que se verifique; y si pendiente la acusacion de la herida muere el herido, no puede ser condenado el homicida como tal, sino que interviene nuevo proceso y acusacion, por mudarse la especie del delito, su calidad y pena, y no ser la sentencia sobre la causa deducida en juicio; á no ser que la acusacion comprehenda la causa de la muerte, como si se dixese que la herida era mortal, ó se proteste que si se sigue la muerte, se imponga la pena condigna, y en efecto se verifica durante la causa; pues entónces el reo puede ser castigado con la pena capital como homicida, en atencion á que con el derecho superveniente al actor ó acusador por causa de pretérito se confirma la accion y acusacion propuesta (*n.* 31.).

26 Dándose con dolo á alguna muger bebida, ó haciéndose otra cosa de la qual resulta el aborto

y

Universidad Rey Juan Carlos

y fallecimiento del póstumo, por habérsele ya infundido el alma, se impone al delinqüente la pena de muerte, y si este es padre, madre ó ascendiente la del parricidio, aunque el tal póstumo sea monstruoso por razon de la falta de algun miembro, ó por tener mas de los que corresponden, porque no sucede así, siéndolo por tener la cabeza de bestia ó cosa semejante; pero si el alma no se habia infundido todavía, solamente deberá imponerse una pena arbitraria: aconteciendo lo mismo, si hubiese duda sobre si el alma se habia ó no infundido (*n.* 32. *ley* 8. *tít.* 8. *part.* 7.).

27 Si la bebida se dió no con ánimo de matar sino con el de engendrar cariño ilícito, y el que la recibió muere, ha de sufrir el dante la pena de muerte, porque en tal caso intervino dolo á lo ménos implícito, por haber hecho una cosa ilícita de la qual pudo con verosimilitud seguirse la muerte; mas si se hubiese dado sin dolo por causa de amor lícito, ó para que la muger concibiese, aunque resulte el fallecimiento, únicamente se impone una pena arbitraria, y aun no siguiéndose, por el grave daño que pudo resultar y ser cosa de mal exemplo, ha de imponerse tambien una pena extraordinaria: de lo qual se infiere que quanto sea iniquo y escandaloso en la República debe castigar el Juez (*n.* 33.).

28 En el caso de que Pedro, v. gr. mate á Juan, juzgando que es Francisco su enemigo, será castigado con la pena capital, mediante á que real y verdaderamente consintió en el homicidio, y aunque erró en la persona, es bastante el dolo y ánimo respecto del difunto; en cuya atencion debemos inferir que en este delito de homicidio es suficiente el dolo en general y no se requiere en especie (*n.* 34.).

29 Pero si solicitando Pedro quitar la vida á su enemigo Francisco, por casualidad la quita á Juan, se-

Universidad Rey Juan Carlos

segun una opinion que por ser equitativa y seguida de muchos DD. debe observarse en la práctica, se le impondrá una pena extraordinaria, pues á lo ménos no hubo dolo ni ánimo de delinquir en órden al difunto; sin embargo de que la opinion contraria es mas conforme á derecho, por haber tenido dolo el homicida, y haber dado obra á cosa ilícita: de cuya doctrina se infiere que si se quita á alguno la vida casualmente, quando se intenta matar al agresor por defensa propia, ó al que fué dado por enemigo, ó quando se está en alguna ocupacion lícita, en ninguna pena se incurre (*n.* 35. *ley* 6. *tít.* 15. *part.* 7. *leyes* 4. *y* 13. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Recop.*).

30 Quando muchos con dolo y propósito proceden contra alguno y le quitan la vida, todos han de ser castigados con la pena capital como homicidas, ya hiriesen muchos, ya uno solo, porque uno presta auxîlio y favor á otro, y es lo mismo que si todos causasen la muerte; pero si muchos quitáron á otro la vida no de propósito sino habiéndose movido riña, y consta que uno hirió, no los otros, ó que uno dió una herida mortal y los otros heridas leves, aquel está obligado por la muerte y estos únicamente por las heridas; bien que si ninguna herida era mortal por sí, y todas juntas causáron la muerte, todos quedan obligados como homicidas y recíprocos auxîliadores: y si consta que todos hiriéron, porque el difunto tiene tantas heridas como eran las personas delinqüentes, mas una sola es mortal sin poderse averiguar quien la dió, á todos ha de imponerse una pena arbitraria, por deberse contemplar la herida de cada uno é ignorarse quien causó la mortal; no obstante que todos se prestáron auxîlio mutuamente, pues no se uniéron para ello de propósito sino casualmente por la riña que se ofreció; y no obstante tampoco la *ley* 57.

Universidad Rey Juan Carlos

del Estilo que en el caso expuesto impone á todos la pena capital, porque debe probarse su uso para que haya lugar. Lo mismo finalmente sucede quando consta que uno solo hirió, por no tener el muerto mas que una herida y se ignora quien la dió; pues como este tan solo queda obligado á la pena de muerte, no pudiendo constar qual sea, ninguno ha de sufrirla, en atencion á que de otra suerte seria castigado el inocente contraviniéndose al axîoma jurídico: *Sanctius est nocentem impunitum relinquere quam innocentem condemnare.* Toda esta doctrina fundadísima nos hace ver la obligacion que tienen los Jueces á procurar que por el Escribano de la causa se escriba ó ponga en autos el número de heridas que tiene el ofendido, como asimismo el sitio, magnitud y calidad de ellas (*n.* 36. *dic. ley* 57. *del Estilo*).

31 El que manda matar ó cometer algun delito, si se pone en execucion el mandato, debe ser castigado con la pena ordinaria del crímen así como el mandatario, quedando este obligado por el delito, y el mandante tambien por el delito á causa del mandato y no principalmente por este: de lo qual se deduce que en la acusacion ha de expresarse el lugar y tiempo del delito no el del mandato: que se mira el lugar y tiempo del delito para aumentar ó disminuir la pena: que el mandato debe castigarse en el lugar que se cometió el delito; y últimamente que el tiempo de la acusacion corre desde la comision del crímen. Lo dicho en órden á la pena tiene tambien lugar aunque el delito se siga despues de algun grande intervalo, por presumirse siempre cometido en virtud del precedente mandato, mediante á que procediendo el delito de odio y enemistad, no es de creer que lo hizo el mandatario por razon de su persona sino del mandante, y por tanto ambos quedan obligados (*n.* 39.).

32 De la pena del delito cometido por el mandatario se excusa el mandante en un todo, si revocó el mandato expresa ó tácitamente, como si se reconcilia ántes con su enemigo y llega á noticia del mandatario, aunque la revocacion expresa ó tácita no se notifique al que habia de ser ofendido (*n.* 40.): y si despues de aceptado el mandato no se comete el crímen porque el mandatario no puede, ó porque se revocó el mandato, solamente por la aceptacion se debe castigar con pena arbitraria si era atroz el delito, excusándose en un todo si no lo era (*n.* 41.).

33 En las cosas que son prohibidas por derecho, el mandatario que no es persona sujeta al mandante, nunca se excusa poniendo en execucion el mandato; pero si lo mandado no es prohibido simplemente, aunque no sea lícito al mandante, sucede lo contrario, como si se mandase hacer alguna cosa en fundo ageno, y el mandatario la hace ignorantemente: y si el mandatario es persona sujeta al mandante, v. gr. hijo, muger, pupilo ó criado, se excusa en los crímenes leves, no en los atroces y graves, porque en estos no debia obedecer aun siendo el mandante el Príncipe ó Emperador; bien que no será castigado con la pena correspondiente al crímen sino mas suavemente: debiendo notarse que en esta materia qualquiera ofensa personal se dice atroz delito para que el mandatario no se excuse. Y últimamente si lo que se manda es de lo prohibido, pero por alguna causa permitido al mandante, como matar á los adúlteros en el mismo delito, solamente puede cometerse á los hijos por la identidad de las personas, segun debe decirse quando le es permitida á alguno la venganza por su propia autoridad (*n.* 42. *leyes* 5. *tít.* 5. 5. *tít.* 15. *y* 8. *tít.* 10. *part.* 7.).

Universidad Rey Juan Carlos

34 No solo queda obligado el mandante por la comision del crímen sino tambien el consultor, entre los quales hay la diferencia de que este persuade á la comision del delito por contemplacion del persuadido, y aquel manda cometerlo por contemplacion suya (*n.* 43.). Tambien se advierte otra diferencia en quanto á la revocacion, y es que el consultor sin embargo de que persuada posteriormente lo contrario, no se excusa como se siga el delito, por lo que debe hacer quanto esté de su parte para que no se execute, ó que se noticie á la persona que habia de ser ofendida. La razon consiste en que siendo el mandato por gracia del mandante, es verosímil que revocado aquel no se cometa el delito; y siendo el consejo por contemplacion del que lo recibe, una vez que intentó cometer el delito, con dificultad desistirá, y por tanto no basta la simple revocacion (*n.* 44.).

35 El mandato para la comision de algun crímen puede ser tambien tácito, y así si alguno ayrado por riña que tuvo con otro, dice á su hijo, amigo ó criado: *Ve y no vuelvas á casa hasta que yo vea algo de nuevo en este asunto*; y efectivamente se ausenta y quita la vida ú ofende al enemigo del irritado, se halla este obligado por el delito, en atencion á que fué visto haber mandado que se executase; bien que estas y semejantes expresiones se han de interpretar con respecto á la calidad de la injuria recibida, porque si esta era grave que requeria se vengase con la muerte, se conceptua que el mandato fué para que se quitase la vida al ofensor, y si era leve para que se causase otra igual en su recompensa, y por tanto en este caso no se obliga por el homicidio y sí en aquel; pues consta claramente del delito y del mismo mandato, el qual aunque general tiene por derecho virtud y efecto de especial: en

Universidad Rey Juan Carlos

en cuya atencion la prueba que interviene en el presente caso no es dudosa, como quando el enemigo de otro habla secretamente con alguno y este sin detencion quita la vida al contrario de aquel, por lo qual no puede imponerse á este tácito mandante ni la pena ordinaria ni otra corporal, sino otra menor y puede dársele tormento (*nn.* 45. *y* 46.): con advertencia que si el consanguíneo, amigo ó familiar del ofendido quitase la vida al ofensor, y no se prueba expreso ni tácito mandato del ofendido, en ningun modo queda este obligado (*n.* 47.).

36 En el delito puede prestarse ayuda ántes de su comision, al tiempo de ella y despues. Prestándose ántes de su comision, v. gr. con la entrega de armas para matar, ó con la de escala para cometer algun hurto, incurre en la misma pena el auxîliador que el reo principal segun aquella regla: *Qui causam damni dat, damnum dedisse videtur* (*n.* 48.). Lo mismo acontece quando se presta el auxîlio al tiempo del delito, v. g. asistiendo para que mas fácilmente se cometa el delito, ó mirando si venia persona que pudiese impedirlo, aunque no se proceda á otro acto; pero no queda en manera alguna obligado el que por casualidad se halló presente al delito, no obstante que por esto hubiese cobrado mas ánimo el delinqüente, ni el que á ruegos de este lo acompañó ignorantemente: incurriendo en una pena extraordinaria segun el arbitrio del Juez, el que presta auxîlio por medio de un acto remoto al delito, sin el qual pudo cometerse cómodamente; como si sabiendo que otro queria delinquir, le dixese quál género de armas era mas apto para la execucion de su deseo, y en otros casos que se dexan á la consideracion del prudente Juez inspeccionadas las circunstancias concurrentes (*n.* 49.) (*a*). Y

(*a*) No se ha de distinguir si el acto fué próxîmo ó remo-

Universidad Rey Juan Carlos

37 Y últimamente si se presta el auxîlio al criminoso despues de la comision del delito, v. gr. ocultándolo alguno en su casa, manifestándole el camino por donde podia huir con mas seguridad, diciéndole que huyese porque venia el Juez, ó procurando de otra suerte que el Juez no lo aprehenda: por no haber prestado ayuda para que el reo delinquiese, sino para que se escapase, incurre en una pena arbitraria y mas suave que la que corresponde al reo, á no ser que ántes entre ellos hubiese intervenido convencion de prestar el referido auxîlio, por ser visto prestarlo para la comision del delito, sin que pueda imponerse la pena ordinaria del crimen, por presumirse la intervencion de algun convenio del mismo hecho de prestar la ayuda inmediatamente que el delito fué cometido, en atencion á no haber prueba clara segun es indispensable: debiendo advertirse que si el receptador es consanguíneo ó afin del delinqüente, ha de castigarse con mas benignidad que si fuese un extraño, por la justa causa que tiene en la defensa de su sangre: y asimismo que no tiene lugar la dicha pena arbitraria aunque recibiese en su casa al reo de lesa Magestad, en el que receptó con ignorancia que siempre se presume, y por consigüiente ha de probarse ciencia, exceptuándose el delito notorio en que se verifica lo contrario (*n.* 50. *ley* 18. *tít.* 14. *part.* 7.).

38 Si el difunto habia instituido por su heredero á su homicida, no puede este sucederle, y se aplica al Fisco la herencia por reputarse indigno. Lo pro-

moto, y sí se ha de mirar si fué causa del homicidio, si influyó en él ó no: debiendo sufrir tan solo el auxîliante la misma pena que el principal, quando dió con su ayuda causa al delito, ó quando sin la ayuda no se hubiera podido cometer (*n.* 50. *vers. Sed pro concordia*).

Universidad Rey Juan Carlos

propio se verifica, si el muerto no tenia hecho testamento, respecto del mas próxîmo consanguíneo y sucesor abintestato que le quita la vida; bien que si hay otros coherederos legítimos y consanguíneos en el mismo grado, les acrece, sucediendo en todo con exclusion del Fisco. Esta incapacidad de suceder en el homicida no se admite si el difunto le perdona la injuria y le instituye, como tampoco si teniendo lugar de mudar el testamento ó hacerlo de nuevo, no lo practica; pues es visto que quiso sucediese su homicida por testamento ó abintestato (*n.* 51.).

39 Aunque la herencia del muerto haya pasado á otro legítimo sucesor por testamento ó abintestato, de ningun modo puede suceder en ella el homicida en los casos de su incapacidad, ántes bien se aplica al Fisco, sin embargo de ser herencia distinta por haberse incorporado en el patrimonio de otra persona; mediante á que esto lo causa el odio y la pena del delito; por cuyo motivo los hijos del matador no emancipados ni casados, sino constituidos en su potestad, tampoco podrán suceder en los bienes del muerto por razon del usufructo que se adquiere al padre, sino que este lo renuncia (*n.* 52.) (*a*).

40 El heredero del difunto está obligado á vengar su muerte ántes de adir la herencia, no por su propia autoridad sino judicialmente, acusando al homicida en el término de cinco años; y de lo contrario se aplica al Fisco; pero de esta pena se excusan el menor y otras personas que refiere nuestro Au-

(*a*) Por quitar alguno la vida á su muger no tiene el hijo de familia impedimento para suceder á su madre, aunque en este caso sin renuncia no pertenece el usufructo al padre por su indignidad (*n.* 53.).

Universidad Rey Juan Carlos

Autor (*n.* 53. *ley* 13. *tít.* 7. *part.* 6.) (*a*).

41 Haciendo el reo concordia y transaccion (bien graciosamente ó bien por precio) con su contrario sobre el delito que se haya cometido principalmente en su persona ó en la de los suyos, v. gr. el homicidio, injuria ú otra ofensa personal, no se le puede imponer pena de muerte ni otra corporal, como la de mutilacion de miembros, la de azotes, la de galeras y la de infamia que se equipara á la capital, por ser lícito á cada uno redimir su sangre del modo que le sea posible; pero si el delito se hubiese cometido principalmente en la cosa como el hurto, ó el acusador fuese extraño, sin embargo de la concordia puede y debe el Juez de oficio ó á instancia de otro acusador proceder á la imposicion del castigo condigno al crímen; lo qual se comprueba de que no vale la remision de la pena que de algun delito hace el Rey ó Príncipe, hasta que los contrarios del delinqüente se apartan de la acusacion y remiten la ofensa (*nn.* 54. 55. 56. 57. *y* 58. *ley* 22. *tít.* 1. *part.* 7. *y* 24. *tít.* 4. *part.* 3.): y es de notar que si alguno despues de propuesta la acusacion se desiste sin licencia del Juez, incurre en la pena de cinco libras de oro para el Fisco (*dic. n.* 54. *vers. Unum tamen*, *ley* 19. *tít.* 1. *part.* 7.).

42 Para que la transaccion surta el efecto mencionado, además de lo expuesto es indispensable que intervenga en aquellos delitos por los quales se impone pena corporal, sean públicos ó privados: porque si interviene en los que se castigan con otra mas suave, en vez de aprovechar perjudica, mediante á que en virtud de ella se tiene el reo por confeso (*dic. n.* 54.). Tambien es indispensable que el

(*a*) Varios AA. aseveran que esta pena no está en uso (*n.* 64.).

Universidad Rey Juan Carlos

el homicidio ó delito se cometa simplemente y sin qualidad que agrave mucho, como si se comete con alevosía, veneno, saeta, fuego ú otra semejante circunstancia; pues no obstante la concordia puede imponerse la pena ordinaria, en atencion á que tan solo vale el perdon concedido sobre algun delito por el Príncipe, quando se cometió sin ninguna de las qualidades referidas (*n.* 59.).

43 Finalmente es indispensable que el reo á quien se remite el delito, no hubiese cometido otro semejante, cuya pena le fuese perdonada por transaccion de las partes, gracia del Príncipe, grande pericia suya en algun arte ú otro semejante motivo, mediante á que la remision del Príncipe no aprovecha al que habia cometido otro delito de la misma especie, si no se hace de él mencion especial (*n.* 60. *ley* 2. *tit.* 25. *lib.* 8. *de la Recop.*).

44 En la remision de la injuria es preferida la muger por la hecha al marido, segun sucede en el derecho de acusar. Despues tienen lugar los consanguíneos dentro del quarto grado sin distincion de sexô, hallándose en el mas próxîmo al tiempo de la transaccion, y prestando todos su consentimiento si hay muchos, sin que se requiera la voluntad de los que se hallan en grado mas remoto, porque aquellos son preferidos en la facultad de acusar (*n.* 61. y 65.).

45 Los herederos del muerto pueden desistir de la acusacion y hacer concordia con el reo (*n.* 62.); y habiendo muchos, ya por testamento, ya abintestato, para que valga es forzoso que todos consientan, sin que baste la voluntad de uno solo ó de la mayor parte (*n.* 63.): prefiriéndose aunque sean extraños á los consanguíneos del difunto, por representar su persona, como se observa en el derecho de acusar (*n.* 64.).

Universidad Rey Juan Carlos

46 El menor con autoridad de su curador y el tutor del pupilo por sí solo pueden remitir la injuria y hacer transaccion, sin que se necesite decreto de Juez, y sin que pueda ser restituido, bien se haga por précio, bien graciosamente, á causa de que interesa á los menores y pupilos no tener pleytos. Igualmente el hijo espurio del difunto así como puede acusar la injuria hecha á su padre, puede de consiguiente remitirla haciendo transaccion, porque en quanto mira al derecho de la sangre se reputa hijo, y es hábil ó capaz (*n.* 66.).

47 Si se hace concordia con el herido por la herida que se le causó, siguiéndose despues la muerte, á esta se extiende la remision siempre que la herida fuese mortal, de suerte que con verosimilitud por ella se esperase la muerte; mas si no era mortal ni verosímilmente se aguardaba la muerte, por ser presumible que no se pensó en ella, sucede lo contrario, y por tanto puede proponerse la acusacion del homicidio; bien que para evitar y huir de las opiniones que se versan en este particular, procurará el delinqüente se exprima en la transaccion, que se hace así por la herida como por la muerte, y todo el daño que de ella pueda seguirse (*n.* 67.).

48 La transaccion no solamente puede hacerse antes de la sentencia definitiva, sino tambien despues de ella habiéndose apelado, porque con la apelacion se extingue la sentencia y todo su efecto, y no parece haberse pronunciado sentencia. No se opone en modo alguno la *ley* 22. *tít.* 1. *part.* 7. por aquellas palabras: *Tenemos por bien que si la avenencia fuere fecha ante que la sentencia sea dada sobre tal yerro, &c.* mediante á que debe entenderse en el caso que no se apeló de ella á exemplo de otros actos. Lo mismo debemos decir aunque no se haya apelado, como sea durante el término de la apela-

lacion, por quanto corren parejas en nuestro Derecho el haberse apelado de la sentencia y el estar dentro del tiempo de la apelacion (*nn.* 68. y 69.).

CAPITULO IV.

De la Violencia.

1 El crímen público de la violencia puede cometerse con armas y sin ellas. Quando se comete con armas, v. gr. quitando á alguno sus bienes, expeliéndolo de la posesion, ú oprimiéndolo para que entregue algun dinero ó cosa, contraiga, se obligue ú haga cosa semejante, aunque no pueda ser vencido el violentado ni se consiga lo que se intenta, debe imponerse la pena de deportacion y de confiscacion de todos sus bienes: la qual igualmente se ha de imponer quando alguno convoca á otros para cometer sedicion ó violencia, y si en el acto de esta es muerto alguno, ya sea por el que la causa, ya sea por el que la padece, ha de sufrir la pena capital el principal autor de la violencia; pero cometiéndose sin armas solamente se incurre en la pena de confiscacion de la tercera parte de los bienes, y asimismo en la de infamia como en el caso anterior (*n. únic. desde el princip. hasta el vers. Aliquando & tertio*, *leyes* 2. *y* 8. *tít.* 10. *part.* 7.) (*a*).

2 Tambien se infiere á otro miedo y violencia compulsiva, impeliéndolo á vender ó contraher, en cuyo caso el acto *mero jure* válido debe rescindirse con

(*a*) La pena de deportacion no está hoy en uso, y de consiguiente no tendrá lugar la de confiscacion de todos los bienes que por Derecho Comun era accesoria de la primera; por lo que en el dia segun la costumbre general el que comete fuerza pública ó privada se castiga con pena arbitraria (*n.* 2.).

Universidad Rey Juan Carlos

con la accion *quod metus causa.* Asimismo quando el acreedor quita por fuerza al deudor la cosa debida, por lo qual la pierde. Y últimamente quando alguno despues de contestado el pleyto en la causa *finium regundorum* ocupa parte del fundo ageno por su propia autoridad, poniendo en aquella mojones, por cuyo hecho la pierde, y ha de dar otro tanto de lo suyo al contrario (*vers. Aliquando & sexto y sigg. leyes* 9. *y* 14. *tít.* 10. *part.* 7.).

CAPITULO V.

Del Hurto.

1 El delito privado de hurto es *una contrectacion fraudulenta de la cosa agena contra la voluntad de su dueño con ánimo de lucrar.* De esta definicion se colige que quando alguno por su propia autoridad toma para algun uso la cosa de otro, creyendo que este lo habia de permitir, por haberlo dicho á presencia de algunos, por ser consanguíneo, ó por otra causa justa que concurra, no se comete hurto; bien que en caso de duda siempre se presume contra el ladron, aunque diga el dueño haberse tomado la cosa con su consentimiento (*n.* 1. *y* 2. *vers. Ex quibus etiam*, *ley* 1. *tít.* 14. *part.* 7.).

2 El que toma alguna cosa cuyo señor ignora, ó se halla la que se hubiere perdido, está obligado á pregonarlo en cierto modo y forma, para que si el dueño parece dentro del término señalado por ley, se le entregue satisfaciendo las expensas hechas en ella, y si no parece el dueño en el tiempo establecido, se aplica al inventor; pero si este no observa la forma y solemnidad que la ley previene, se halla obligado á restituir como ladron (*dic. n.* 2. *ley* 1. *tít.* 12. *lib.* 6. *ordin.*).

Si

Universidad Rey Juan Carlos

3 Si el hijo de familias, muger, consanguíneo, familiar ó siervo toman alguna cosa de mucho valor, quedan obligados como ladrones y pueden ser acusados criminalmente, pronunciando el Juez la sentencia segun la voluntad del padre respecto del hijo constituido en la potestad; mas no quedan, si es cosa de poco valor, lo qual se dexa al arbitrio del Juez, aunque el señor podrá recobrarla con remedio civil (*n.* 3. *ley* 4. *tít.* 14. *part.* 7.).

4 Por el primer hurto, segun la *ley* 6. *tít.* 5. *y la* 2. *tít.* 13. *lib.* 4. *del Fuero de las leyes*, se ha de entregar al dueño juntamente con la cosa el duplo de ella, y al Fisco siete tantos de su valor; mas por costumbre de la mayor parte del Reyno no se impone pena pecuniaria ni á favor de la parte ni del Fisco, sino corporal ú otra arbitraria conforme á la qualidad del hurto y de la persona (*n.* 4. *vers. Unum tamen*, *ley* 18. *tít.* 14. *part.* 7.).

5 Por el segundo, como que se agrava la pena á causa de la freqüencia del delito, se impone comunmente la de azotes y la de amputacion de las orejas, porque la ley del Fuero que establece la pena de muerte, no se observa en esta parte (*n.* 5. *ley* 6. *del Fuero y* 6. *tít.* 18. *part.* 2.). Por el tercero del mismo modo se aumenta la pena, y aunque no se halla establecido en el Derecho, por costumbre general se impone la del último suplicio, pues por la reiteracion del crímen se hace ladron famoso, y este ha de ser ahorcado (*n.* 6.).

6 Aunque se cometa un hurto tan grande que equivalga á tres, no ha de imponerse la pena de muerte, así por no hallarse prevenido en el Derecho, como porque aquella se impone no por la magnitud del hurto sino por su reiteracion y freqüencia (*n.* 7.) (*a*). Ha-

(*a*) Todo esto se dexa al arbitrio del Juez, el qual algunas

Universidad Rey Juan Carlos

7 Habiendo cometido un ladron dos hurtos en un territorio y despues otro en el lugar en que se halla preso, puede condenarlo el Juez de él á pena capital, sin embargo de que los primeros hurtos se hayan prescripto, porque siempre agravan al tercero; y aunque el Juez no tiene facultad para conocer principalmente de los cometidos en otra jurisdiccion, sí para conocer por incidencia en quanto á agravar la pena del hurto tercero por la reiteracion y freqüencia (*n.* 8.); bien que si el Juez del pueblo donde se cometió el primer hurto, procede contra el delinqüente, no lo condenará en pena capital, en atencion á que los hurtos posteriores cometidos en diversas partes no agravan al primero: siendo digno de advertirse que para imponer la dicha pena por el tercer hurto, no es necesario que los primeros se hayan castigado, mediante á que segun hemos dicho, la pena se agrava por la freqüencia (*n.* 9.).

8 En varios casos solo por un hurto se impone la pena capital. El primero, quando se comete en camino público ó en el mar, hallándose de propósito en ellos con intencion de cometerlo, aunque no se verifique homicidio, porque con esto solo se dice el ladron famoso (*n.* 10. *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.). El segundo, quando se hurta de la Iglesia ó lugar religioso alguna cosa sagrada, por cometerse sacrilegio. Dícense cosas sagradas y santas la Custodia, Cáliz, Ara y otras semejantes, no las que pertenecen al ornato y culto divino, como los vasos en que se pone el vino y el agua. Tampoco se reputa pa-

nas veces por el primer hurto impondrá la pena capital, y otras ni aun por el tercero inspeccionadas las circunstancias de la persona que hurta y de aquella á quien se hurta, como tambien la cosa hurtada, el lugar y tiempo del hurto cometido (*n.* 8.).

para el particular de que se trata, cosa sagrada la Cruz, por no serlo su materia, que no está bendecida ni consagrada por el Obispo ó Prelado, aunque lo sea en quanto representa la verdadera en que padeció Jesu-Christo (*n.* 11. *dic. ley* 18. *y leyes* 2. *tit.* 14. 1. *y* 2. *tit.* 18. *part.* 1.).

9 El tercero, quando el hurto es calificado, á saber, con violencia y quebrantamiento de casa agena, lo qual se ha practicado en este Reyno aun en hurto pequeño; y respecto á que las leyes hablan de quebrantamiento de casa, no bastará el de una arca ó lugar donde se halle la cosa hurtada (*dic. ley* 18. *y* 6. *tit.* 5. *lib.* 4. *del Fuero de las leyes.*). Y el quarto caso es, quando se comete el crimen de abigeato ó hurto de ganados, ya se hallen en la manada ó rebaño, ya en alguna casa ó establo, siempre que en el lugar de comision se freqüente este delito; pues de lo contrario se impone una pena arbitraria. El número que ha de hurtarse es el de diez en las ovejas, el de quatro ó cinco en los cerdos y el de cinco en los animales mayores como caballos y bueyes; lo que debe entenderse en un solo hurto, porque si se cometen muchos basta hurtar una sola res (*n.* 13. *ley* 19. *tit.* 14. *part.* 7.).

10 Si alguno comete un hurto y se halla sin orejas, no es suficiente la presuncion de que ha cometido otros dos hurtos para imponerle la pena ordinaria, en atencion á que aquel defecto pudo provenir de otra causa ó hecho inculpable, mayormente quando en las causas criminales en que puede venir pena corporal, no basta la prueba presuntiva sino la verdadera; pero sí será indicio suficiente el dicho defecto para que se le pregunte al reo de otros hurtos y lugares en que los cometió, y pueda el Juez librar carta requisitoria á fin de certificarse, y aun para darle tormento si estuviese negativo; bien que

que si un soldado comete un hurto en el real y se halla sin orejas ni mano derecha, se presume que cometió otro ántes por el que se le cortáron estos miembros, y se le impone la pena capital, determinándolo así una *ley de partida* que no debe extenderse, y aumentando la conjetura el defecto de la mano (*n.* 14. *ley* 6. *tit.* 18. *part.* 2.).

11 El que se entró en alguna casa agena con ánimo de hurtar, ó el que en otra qualquiera parte se preparaba para ello, aunque nada se hubiese hurtado, se castiga con pena corporal arbitraria (*n.* 15.).

12 Los que reciben al ladron con la cosa hurtada ó esta solamente, bien sean siervos ó hijos de familia, bien personas extrañas, deben sufrir la misma pena que aquel, porque prestan su auxîlio quando se está cometiendo el hurto, mediante á que el ladron no lo consuma hasta que *contrecta* la cosa; mas los que reciben únicamente al ladron ó le prestan ayuda para huir, tan solo incurren en la pena de simple receptador de que se ha hablado: con advertencia que los que compran ú obtienen por otro título algunas cosas de los siervos, si no las restituyen á los dueños, se obligan con la pena de hurto, en la que tambien incurre el que compra la cosa hurtada con ciencia, que puede presumirse por la qualidad de la persona ó del precio, y por comprar al siervo (*n.* 16. *ley* 18. *tit.* 14. *part.* 7.).

13 Quando se toma fraudulentamente alguna cosa de la herencia yacente, se comete el crímen *expilatæ hæreditatis*, y no solamente tienen lugar su pena extraordinaria y restitucion de la cosa con sus frutos, sino tambien la pena corporal establecida en el Derecho por el hurto, á causa de serlo en un sentido lato: no siendo de omitir que la pena pecuniaria impuesta por ley al ladron ú otro qualquiera

Universidad Rey Juan Carlos

ra no se debe pagar en conciencia, á no ser que se imponga *ipso jure*, ó se haya pronunciado sentencia condenatoria (*dic. n.* 16. *vers. Item adde quod prædicta*, *ley* 2. *tít.* 14. *part.* 7.).

CAPITULO VI.

De la Injuria.

1 De tres modos puede causarse la injuria, por escritura, por palabra y por hecho. Se causa por escritura, quando alguno dicta ó compone contra otro algun libelo famoso, en el qual se contienen palabras injuriosas y ofensivas: incurriéndose en pena capital si en él se refiere algun delito verdadero ó falso, por el que al infamado deberia imponerse la misma pena. Tambien incurre en esta qualquiera que lee el libelo puesto en algun lugar, y en vez de quitarlo ó romperlo lo manifiesta á otros, porque se presume haber sido el compositor; pero si el injuriador no refiere delito de muerte en el libelo, ni el que lo lee lo muestra á otros, solamente ha de imponérseles pena arbitraria (*n.*1. *l.*3. *tít.*9. *part.* 7.).

2 Por palabra se causa injuria maldiciéndose á alguno sin causa, ó diciendo contra él palabras contumeliosas, hállese presente ó ausente, y entónces deberá ser castigado el ofensor, quando lo que se profiere no es verdadero, ó aunque lo sea, si no es útil á la República que se sepa; mas si lo es útil, como si se dixese que otro es homicida ó leproso, por razon del suplicio que puede darse, y precaucion de que se valdrán los hombres con respecto al enfermo, no se castiga. Con arreglo á esta doctrina debe interpretarse la *ley* 2. *tít.* 10. *lib.* 8. *de la Recop.* en la qual se establece que el que dice á otro alguna palabra injuriosa de las contenidas en ella, sea

castigado con la pena de contradecirse y de proferir que faltó á la verdad. Además de lo referido es necesario para la imposicion de pena que las injurias se profieran con ciencia y dolo; pues si se profieren con error ó ignorancia, provenga de justa ó injusta causa, no hay lugar á ella: debiendo darse en lo odioso una favorable inteligencia á las expresiones ó frases, quando pueden admitirla (*n.* 2. *ley* 1. *tít.* 9. *part.* 7.).

3 Finalmente se causa injuria por hecho, quando alguno da á otro con la mano ó con algun instrumento, y quando se introduce en su casa violentamente, bastando la amenaza ó el hecho de alzar la mano ó instrumento (*n.* 3. *ley* 6. *tít.* 9. *part.* 7.).

4 Las injurias verbales y de hecho pueden agravarse y ser atroces, ya por razon del hecho si la herida es muy considerable, ya por razon de la persona si se halla constituida en dignidad; y ya por razon del sitio donde se causa, si es en calle pública, en Iglesia ó en presencia del Juez (*n.* 4. *ley* 20. *tít.* 9. *part.* 7.).

8 La injuria no solamente puede inferirse á otro inmediatamente sino tambien por medio de otra persona, v. gr. del hijo constituido en su potestad, por lo que el padre contra la voluntad ó con ignorancia de este puede remitirla, excepto que el padre sea vil y no el hijo: del siervo, quando es atroz la injuria, ó se infiere en oprobrio del señor: del cadáver ó difunto, por conceptuarse hecha al heredero, en cuya virtud puede acusarla (segun pueden los consanguíneos) en su nombre y no en el del muerto: del familiar ó sirviente, siempre que se haga en contumelia del señor; y últimamente por medio de la injuria hecha al Clérigo y Monge se hace tambien á la Iglesia y Abad, y pueden intentar contra el ofensor la accion *injuriarum* (*nn.* 5 y 6.

Universidad Rey Juan Carlos

6. *ley* 10. *tit.* 9. *part.* 7. *y pen. tit.* 13. *part.* 1.).

6 De la injuria nacen dos acciones, una civil y otra criminal, y habiéndose intentado una, *ipso jure* se extingue la otra, porque ambas miran á la vindicta pública. Se intenta la civil, quando la parte ofendida hace mencion de la injuria en el libelo, y dice en él con juramento, segun se requiere, que mas hubiera querido la pérdida de tanta cantidad ó haber dexado de adquirirla que haber recibido la injuria, concluyendo con la solicitud de que el injuriador sea condenado en ella: todo esto conforme á práctica y salva la tasacion del Juez que ha de intervenir atendida la calidad de la injuria y de la persona, porque la parte estimulada del odio puede excederse fácilmente. Y se intenta la accion criminal, quando el ofendido acusa al delinqüente, pidiendo que se imponga la pena criminal condigna (*n.* 7. *ley* 21. *tit.* 9. *part.* 7.) que puede ser hasta de muerte en dos casos: el primero siendo la injuria gravísima atendida la qualidad del hecho: el segundo quando por la injuria suele imponerse la pena capital en el lugar de su comision, porque el Juez en lo arbitrario siempre debe referirse á lo que se acostumbra hacer (*n.* 8.): castigándose todo delito público ó privado por el que no se halla pena determinada en el Derecho, con otra extraordinaria segun el arbitrio del Juez atendida la qualidad del hecho, de la persona, de la ofensa y del lugar; y debiendo aquel imponer con suma consideracion la pena arbitraria á que sea acreedor el crímen, porque se versa por una parte el peligro de los reos y por otra el grave perjuicio de la República (*dic. n.* 7. *vers. Criminaliter.*).

7 El injuriado, ya intente la accion civil, ya la criminal, puede tambien reconvenir al ofensor para que le satisfaga todos los daños que se le han se-

guido por la injuria, y quanto ha dexado y dexará de lucrar por causa de ella; en cuya atencion podrá pedir los gastos que haya hecho en la cura, y si era persona que con su trabajo ó industria tenia algunos lucros, todos aquellos de que careciese durante la enfermedad, y de que carecerá por el tiempo de su vida si queda cojo ó debilitado (*n.* 9.).

8 Aunque intentándose la accion criminal sobre la injuria, puede el Juez por incidencia impartiendo el injuriado su oficio, condeñar al injuriador á la satisfaccion de los daños é intereses, compete tambien para conseguirlos la accion útil de la ley Aquilia, que por dimanar de delito dura solamente veinte años; si bien la accion de injurias para la vindicta se prescribe por el transcurso de uno (*n.* 10.).

9 Si el ofendido muere por causa de la injuria, sus herederos pueden pedir los daños que se han seguido de ella, y la estimacion de las obras de que careció el difunto segun el cómputo de años que trahe la *ley Hæreditatem*, *ff. ad leg. Falcid.* bien que si la muerte se causó por defensa propia excediéndose en ella, se satisfarán únicamente en parte á arbitrio del Juez los daños é intereses por causa del exceso. Y si el injuriado queda vivo, mas con la falta de algun miembro ó perpetua debilitacion, de suerte que ningun oficio puede exercer, el delinqüente se halla obligado á pagarle anualmente cierta cantidad por todo el tiempo de su vida (*n.* 11. *Véanse los nn.* 37. *y* 38. *cap.* 3. *de este tom.*).

10 Quedando el ofendido de resultas de la injuria con alguna cicatriz ó deformidad manifiesta, no deberá estimarse como daño ó interes ni por el Juez ni por la parte, porque así como el hombre libre ninguna estimacion recibe, así tampoco su cicatriz ó deformidad, aunque el injuriado por causa de ella estimará en mas la injuria que puede llamarse atroz, y

y de consiguiente será mayor la condenacion. En la muger á lo ménos quando no es casada, bien puede estimarse la dicha fealdad, mediante á que por ella con mas dificultad y con mayor dote encontrará marido (*n.* 12.): siendo digno de advertir que si el injuriado remite simplemente la injuria por precio ó sin él, no se entiende haber remitido las expensas, intereses y daños que de ella se siguiéron (*n.* 13.).

11 Si de la injuria causada se sigue la muerte, no puede intentarse contra el homicida la accion de injurias civilmente para conseguir la pena pecuniaria que se aplica á la parte, sino precisamente la acusacion por el homicidio para la vindicta pública: teniendo lugar solo esta doctrina quando es ofendido y muerto el hijo de familias ó el siervo en oprobrio de su señor, en cuyos casos á este y al padre compete la accion de injurias, por lo que dura esta sin embargo de haber muerto el hijo y siervo; no en otros casos, porque la accion de injurias ú otra que competa por la vindicta pública, se extingue con la muerte del ofendido, y solo pasa á los herederos, si se verificó aquella contestado el pleyto. De aquí se infiere que si el ofendido intentó la accion de injurias, y pendiente el proceso acontece la muerte, no deben proseguirlo los herederos, pudiendo el Juez no admitir el libelo y mandar que se formalice dicha acusacion (*n.* 14. *Véase el n.* 31. *al fin cap. del homicid.*).

12 De dos modos se extingue la accion de injurias, es á saber, quando el ofendido perdona expresamente la injuria por precio ó sin él, y quando no usa de aquella civil y criminalmente en el término de un año, por cuyo lapso se prescribe siempre, bien dimane del Derecho Civil, bien del Pretorio: entendiéndose remitida la injuria tácitamente, si

Universidad Rey Juan Carlos

si el ofendido habló con el ofensor, si lo saludó, si comió con él ó executó otros actos semejantes, á no ser que el ofendido debiese hacerlo por razon de urbanidad, como si ambos hubiesen sido convidados y por esta razon comiesen juntos (*n.* 15. *ley pen. tít.* 9. *part.* 7.).

13 El ofensor, aunque por su causa se hubiese originado la enemistad, puede pedir que el injuriado le preste caucion con fiadores de que no le ofenderá por sí ni por medio de sus consanguíneos, amigos y familiares: y además puede solicitar que el Juez le permita llevar consigo para su defensa criados ú otras personas armadas. Tambien el Juez de oficio puede compeler á las partes á que se presten recíprocamente la dicha caucion, por interesarse en ello la utilidad pública; aunque el Juez no debe obligarlas á que den caucion perpetua sino por determinado tiempo que ha de asignar su arbitrio: siendo necesaria para la expuesta seguridad la prueba de la enemistad ú ofensa, y no bastando el que hayan precedido amenazas (*n.* 16.).

14 Quando aparece verosímilmente de la calidad de la persona ofendida que no puede dar la mencionada caucion, porque acaso es pobre ó forastera, bastará la juratoria; pero si acontece lo contrario, ha de estar presa hasta que preste la caucion primera (*n.* 17.).

15 De lo expuesto se colige que pueden los vecinos de un pueblo pretender ante el Juez que este expela de la vecindad la meretriz ó muger deshonesta, para que por su causa no se susciten riñas y escándalos entre ellos, y no se perviertan sus hijos é hijas. Lo mismo debemos decir con respecto á los leprosos y otros que padecen enfermedades epidémicas ó contagiosas (*dic. n. vers. Et ex superioribus.*).

CA-

Universidad Rey Juan Carlos

CAPITULO VII.

Del crímen de estelionato.

1 Además de los delitos especiales de que hemos hablado, hay otros que se comprehenden baxo la voz *estelionato*, cuyo crímen se comete en los casos siguientes. El primero, que es notable y general, quando alguno comete dolo en perjuicio de otro en qualquiera acto ó contrato, pudiendo aquel ser reconvenido con la accion civil por el interes de la parte y ser castigado con pena extraordinaria. El segundo, quando habiéndose obligado ó hipotecado la cosa á uno, se hipoteca á otro dolosamente y sin noticiarle la primera obligacion: verificándose tambien el estelionato en el caso de que á dos se hipotequen generalmente los bienes, en los quales se comprehenden los futuros, y entendiéndose lo dicho si la cosa hipotecada no es suficiente para la satisfaccion de todas las deudas ú obligaciones. El tercero, quando alguno pone á lo que vende mayor precio que el que corre comunmente, por venderlo mas caro. Y el quarto, quando alguno muestra á otro cierta cosa para venderla, y despues entrega otra, aunque del mismo género, no de igual bondad (*nn.* 1 *y* 2. *leyes* 7 y 8. *tít.* 16. *part.* 7.).

CAPITULO VIII.

Del destierro.

1 El destierro puede imponerse por cierto tiempo (en el qual no se incluye el de la prision del reo) que siempre se juzga continuo y no interpolado, y por la vida del delinqüente, quien de tal suerte debe cumplirlo, que si contraviene entrando en el lugar de donde está desterrado, se le duplica el tiempo que

Universidad Rey Juan Carlos

que le falta, si fué desterrado por ménos de diez años, se le perpetua si lo fué por este tiempo, y se le impone la pena capital si fué perpetuo el destierro. Y no tan solo puede el Juez condenar en esta pena, sí tambien con justa causa en la de que el reo haya de vivir precisamente en tal ciudad, lugar ó casa, ó en la pena de que no pase por tal sitio ó calle: y dudándose si se ha cumplido ó no el tiempo del destierro, incumbe la prueba al que lo afirma y deduce en juicio por causa de su intencion, como al que alega alguna edad en la qual se funda (*nn.* 1 *y* 2. *ley* 10. *tít.* 31. *part.* 7.).

2 Quando el Juez impone la pena de destierro diciendo: *condeno á Pedro en la pena de destierro por tiempo*, sin determinarlo, se entiende por diez años; pero quando dice únicamente: *condeno en la pena de destierro*, se juzga perpetuo: advirtiéndose que en todos los casos referidos el destierro debe entenderse con respecto al territorio del Juez que pronuncia la sentencia, aunque el Juez del pueblo en donde el reo tiene su domicilio, puede tambien desterrarlo del lugar de su orígen, y el Juez del pueblo en que se cometió el crímen puede desterrarlo de su jurisdiccion, del lugar del orígen y del domicilio del delinqüente (*núm.* 3.) (*a*).

3 Durante el tiempo del destierro solo el Príncipe puede levantarlo (*núm.* 4.): y si el Juez impone la dicha pena por el tiempo de su beneplácito y voluntad, aunque muera dura el destierro, y el sucesor en el oficio tiene facultad para alzarlo, porque el tribunal es uno mismo que no espira con la muerte

(*a*) Farinacio enseña con muchos graves DD. que esto último no se observa, y Matienzo prueba con muchas Leyes Reales que qualquiera Juez puede desterrar al delinqüente de todo el Reyno (*núm.* 4. *vers. Exilium.*).

Universidad Rey Juan Carlos

te de algun Juez, y el que primero impuso la pena de destierro, la impuso, no como persona privada, sino como pública (*núm.* 5.).

4 Si el Juez condena á alguno en la pena de destierro, y al mismo tiempo en otra corporal ó pecuniaria como lo quebrante, valdrá tal sentencia que ya tiene autorizada la freqüente práctica, sin embargo de hallarse prevenido por derecho que tan solo se duplique el tiempo; pues esto tiene lugar en el caso de que en la misma sentencia ninguna pena se imponga al desterrado por el quebrantamiento (*dic. núm. vers. Advertendum.*).

CAPITULO IX.

De la captura de los reos.

1 Sabida la pena de cada delito, importa saber con qué órden se proceda á la captura del delinqüente, sobre lo qual debe advertirse que quando el Juez procede contra alguno de oficio ó á instancia de parte, conviene ante todo que conste real y verdaderamente haberse cometido el delito que se pretende averiguar, yendo personalmente á ello ó enviando algun Oficial suyo con el Escribano para ver si hay algun muerto, si hay algun herido, quántas heridas tiene y en qué parte, ó si se ha cometido algun hurto, por ser éste el principal fundamento del juicio: y despues que conste del crímen, el Juez recibirá las correspondientes declaraciones con exâctitud y diligencia, mandando poner preso al que se halle culpado, sin que se cite ántes por temor de la fuga, y sin que sea suficiente para la prision el dicho de la parte ofendida, sino que está en el artículo de la muerte, aunque bastará la declaracion de otro testigo no idóneo como el menor ó consanguíneo (*núm.* 1.). Asimismo el Juez en los delitos en que pue-

Universidad Rey Juan Carlos

pueda venir pena de confiscacion, hará inventario de los bienes ante Escribano para que no se oculten ni perezcan en perjuicio del fisco, y si le parece, los depositará en algun tercero que tenga cuidado de ellos, segun se practica (*núm.* 2.).

2 A qualquiera persona privada, aunque no haya sido ofendida, es lícito prender al delinqüente hallándole *in fragranti*, con tal que lo presente luego á su Juez: y tambien el Juez secular ú Oficial suyo en iguales circunstancias puede prender al Clérigo y hacer la misma presentacion; pero despues de cometido el delito, solamente el Juez ó algun Oficial suyo con su mandato puede prender al reo, sino en algunos delitos especiales en los quales tiene facultad para hacerlo qualquiera privado, debiendo presentar el delinqüente al Juez dentro de veinte horas, porque de lo contrario comete el crímen *privati carceris* (*núm.* 3. *ley* 2. *tít.* 29. *part.* 7. que numera los dichos delitos).

3 El Juez ú Oficial con mandato suyo no puede aprehender sin requisitoria al reo exîstente en ageno territorio, así como no puede sin ella hacer execucion en los bienes del condenado sitos en otra jurisdiccion: y si acaso por su propia autoridad hiciere la prision, ha de ser ante todo suelto el delinqüente (*núm.* 4.). Tampoco el Juez ha de prender al reo en diverso territorio, aun quando le vaya siguiendo desde el suyo (*núm.* 5.): siendo digno de notar que en los casos en que el Juez ú Oficial puede aprehender al reo, puede tambien herirlo ó quitarle la vida, si se defiende con armas de fuego, con la fuga ó de algun otro modo (*núm.* 6.) (*a*).

4 La

(*a*) No puede ser preso el reo que huye, á no ser que el Juez lo mandase expresamente, ó aquel esté sentenciado á muerte, ó encartado (*núm.* 6.).

Universidad Rey Juan Carlos

4 La cárcel y prisiones han de ser segun la calidad del delito y de la persona; porque no ha de custodiarse el noble y anciano como el plebeyo y jóven, ni ha de ser una misma la custodia del dia y de la noche, en atencion á que la cárcel no fué inventada para castigo de los reos sino para su seguridad: debiendo en todo lo expuesto el Juez, á cuyo arbitrio queda el género de prision, y el alcayde de la cárcel poner sumo cuidado, como asimismo en que no falten á los presos los alimentos y demas cosas necesarias, sin prohibirles el que con nadie conversen; aunque si la calidad del crímen y de la persona lo exîge, puede el Juez hacer esto último para la averiguacion de la verdad (*dic. núm. vers.* Item adde *leyes* 4 *y* 6. *tít.* 29. *part.* 7.).

5 Puede el Juez lícitamente dar libertad al reo despues de la publicacion de probanzas, si consta de su inocencia, y el alcayde de la cárcel debe presentarle todos los meses una lista de los presos con expresion de sus nombres, edad y delitos para que pueda tener cuidado y noticia de ellos, y determinar mejor y con mayor brevedad sus causas; bien que para este efecto en todos los tribunales del Reyno comunmente se tiene audiencia pública en ciertos dias de la semana (*núm.* 7. *ley* 8. *tít.* 29. *part.* 7. *ley* 8. *tít.* 7. *lib.* 2. *de la Recop.*).

6 Si por el delito se impone solo una pena pecuniaria, dando el reo fianzas le ha de dar libertad el Juez, pues de lo contrario hace injuria; pero si es pena corporal la que corresponde al crímen, ni aun con fianzas deberá el Juez soltarle, porque el fiador de ningun modo puede obligarse al castigo corporal que debe sufrir el delinqüente, mediante á que ninguno es señor de sus miembros: y si el Juez en este caso mandó soltar al reo baxo fianzas, satisfará el fiador la pena pecuniaria prometida, y sino la hu-

Universidad Rey Juan Carlos

hubiese prometido, otra segun el arbitrio del Juez, á no ser que en este caso por costumbre se haya introducido cierta pena (*núm.* 8. *ley* 10. *tít.* 29. *part.* 7.).

7 Si habiéndose puesto en libertad al reo por haber prometido baxo cierta pena siendo rico, el presentarse dentro de algun término, ó por haberla prometido por él el fiador, no se presenta ó es presentado en el tiempo que se asignó, incurren en ella, aunque no hayan sido requeridos por el Juez ó por la parte, en cuyo favor se hizo la promesa, porque la reconvencion ó monicion no es necesaria respecto de aquel que en contrato ó convenio se obliga á hacer alguna cosa dentro de algun término (*n.* 9.).

8 Siendo preso el reo á quien se dió libertad baxo fianzas, por la misma causa que estaban obligados los fiadores á presentarlo, quedan estos libres, y de consiguiente no son responsables si el delinqüente se huye; mas si fué preso por causa diversa sucede lo contrario; bien es verdad que en este caso pueden comparecer los fiadores ante el Juez, solicitando que lo tenga por presentado á causa de no querer continuar en la obligacion, con lo qual quedan libres, aunque despues haga fuga el reo (*dic. n. vers. Dubium tamen.*): no siendo de omitir que el preso injustamente puede apelar, sin embargo de que se hayan pasado los dias señalados para ello, por ser el gravámen continuo (*núm.* 10.).

9 Quando alguno se huya de la cárcel, sin embargo de que no haya cometido el crímen principal y esté inocente, se le ha de imponer una pena arbitraria por el quebrantamiento, mediante á no hallarse determinada en el derecho, despues de cuya imposicion ha de custodiarse por el principal delito con mayor precaucion que ántes: y en el caso de ser cierta la opinion comun segun la qual si el reo se huye, por parecer que confiesa el delito se ha de

cas-

Universidad Rey Juan Carlos

castigar con la pena de este, como si verdaderamente se hubiese probado; debe entenderse quando el reo se huye con violencia y quebrantamiento de puerta ó prisiones, no quando se huye por hallar la puerta abierta, en cuyo evento será castigado mas suavemente (*núm.* 11. *ley* 13. *tít.* 29. *part.* 7.).

10 Huyéndose algun delinqüente de la prision, ó hiriéndose ó matándose en ella, se presume dolo ó culpa de parte del alcayde, y ha de sufrir la misma pena que debia imponerse al reo fugitivo, no probándose lo contrario, sin embargo de que quando se comete el crímen solamente con culpa, ó se castiga por presunciones y no por prueba clara, únicamente se impone una pena extraordinaria; pues el alcayde se halla obligado por razon de su oficio (*dic. núm. vers. Item adde quod*, *ley* 13. *tít.* 29. *part.* 7.).

11 Si alguna muger estimulada del grande afecto que tiene á su marido preso por grave delito, entrando en la cárcel trueca con él sus vestidos para que disfrazado se ponga en libertad, quedando presa en lugar del marido; atendida la obediencia que á este se debe, y atendido tambien al amor que entre ellos media, se ha de excusar á lo ménos de la pena ordinaria (*núm.* 12.).

12 Al que extrae un preso de la cárcel, si lo estaba por deuda, se le castiga con que satisfaga esta, y además con pena arbitraria por el quebrantamiento y ofensa hecha al Juez, y si lo estaba por delito, con la pena correspondiente á este (*dic. n. vers. Confirmatur.*).

CAPITULO X.

Quando goza el reo de la inmunidad eclesiástica y del privilegio de la primera tonsura.

1 En quanto á la primera parte de este capítulo debemos decir, que todo delinqüente goza, por lo

lo regular de la inmunidad de la Iglesia, y no puede ser sacado acogiéndose á ella, ni prohibirse por el Juez que se le presten los alimentos y demas cosas necesarias: gozando de la misma los que se acogen al Clérigo que conduce el cuerpo de Nuestro Señor Jesu-Christo, sin embargo de que no se halla establecido en el derecho, pues la Iglesia goza del expuesto privilegio por el mismo Jesu-Christo (*núm.* 1. *ley* 1. *tít.* 11. *part.* 1.).

2 Dixe *por lo regular*, porque en los casos siguientes no se goza de ella. El primero, quando el reo es ladron público ó famoso del qual hablamos en el capítulo 5. mas no si cometió un simple hurto (*ley* 4. *tít.* 11. *part.* 1.). El segundo, quando alguno de noche asola ó desvasta los campos y sus mieses, mediante lo grave del crímen y lo perjudicial á la república (*dic. ley.*). El tercero, quando el delito se cometió en la Iglesia ó salió de ella el reo para delinquir, por no ser justo que le franquee beneficio ofendiéndola; y en este caso es Juez competente el Secular y no el Eclesiástico (*dic. ley.*). El quarto, quando siendo conducido el reo por el Juez ó Ministro á la cárcel ó suplicio, se pasa por alguna Iglesia ó lugar sagrado, porque entónces no goza de su inmunidad, en atencion á que no se halla libre y suelto segun se requiere. Y el quinto, quando el homicidio ó delito se comete alevosamente conforme á la mas comun opinion, de la qual, dice nuestro Autor, no hemos de apartarnos ni juzgando ni aconsejando, aunque la contraria es mas arreglada á derecho: añadiendo que en los casos que el reo no goza de la inmunidad, no ha de ser extraido de la Iglesia por el Juez lego sino por el Eclesiástico para entregarlo á éste (*núm.* 2.) (*I*).

3 En

(*I*) Quien apetezca una cabal instruccion acerca de los proce-

3 En quanto á la segunda parte del presente capítulo hemos de advertir ante todo que el privilegio de primera tonsura consiste en que el Clérigo que goza de él, no pueda ser preso ni castigado por el Juez Secular, y en que si de hecho éste lo aprehenda, lo entregue á su Juez Eclesiástico: como tambien en que solo pueda ser reconvenido ante este, de cuyo privilegio ninguno puede renunciar por haberse concedido á todo el Orden Clerical (*núm.* 3.).

4 Aunque el Clérigo sea casado goza del dicho privilegio; pero se requiere para ello que traiga hábito y tonsura Clerical al tiempo del delito y quatro meses ántes, y que haya sido casado sola una vez y con muger vírgen, no con viuda ó corrupta, sin embargo de que creyese no serlo, á no ser que el mismo que casa con ella la hubiese desflorado: debiendo el Clérigo que goza del fuero, si fuese preso por el Juez Secular, comparecer ante el Eclesiástico para que ante todo inhiba al Juez lego, probando el título clerical, y asimismo el matrimonio con una sola muger vírgen ó que por tal estaba reputada comunmente, con lo qual obtendrá, si no se hace constar lo contrario (*núm.* 4.) (*a*).

5 Quando el delinqüente se ordenó de primera tonsura, despues de haber cometido el crimen, ha de conocer de la causa el Juez Secular y no el Eclesiástico, porque para imponer la pena se mira al tiempo del delito y no al de la sentencia (*núm.* 5.) (*b*).

6 Si

cesos sobre la inmunidad de la Iglesia hasta su decision en las Chancillerías y Audiencias, puede ver á Don Francisco Antonio de Elizondo en el tom. 3. de su pract. univ. y for. pág. 327. y sigg.

(*a*) Para que el Clérigo casado goze del privilegio del fuero en lo criminal, además de lo dicho es necesario que exerza actualmente algun ministerio en alguna Iglesia, siendo diputado para ello por el Obispo (*núm.* 5.).

(*b*) Se halla recibido que esto se entienda quando el reo se hi-

Universidad Rey Juan Carlos

6 Si cometen algun crímen un Clérigo y un lego, no goza este del privilegio del fuero, y de consiguiente cada uno ha de ser castigado por su propio Juez, pues aunque se dice comunmente que lo mas digno atrae á sí lo ménos digno, esto corre tan solo en las causas conexâs é inseparables (*n. 6. ley* 123. *del Estilo.*).

7 El Clérigo de primera tonsura que declina la jurisdiccion secular y recurre al Juez Eclesiástico, pierde los oficios reales y sus emolumentos: debiendo subsistir esta disposicion, por no ser contra la libertad eclesiástica, ni usurpárseles á los Clérigos derecho ó privilegio concedido por los cánones sino proveniente de los mismos Reyes; bien que será remedio útil para evitar esta pena, que en vez de declinar la jurisdiccion secular el reo, su Juez Eclesiástico de oficio lo pida, segun puede hacerlo, así como por su interes se admiten el Señor por el siervo, el padre por el hijo y el Abad por el Monge (*n. 7. leyes* 3, 4 *y* 5. *tít.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*).

CAPITULO XI.

De qué manera se formalice la acusacion.

1 Hallándose preso el delinqüente se requiere que contra él se formalice por escrito la acusacion solemne, en donde se mencionen el acusador y acusado, el Emperador ó Rey, el año, mes, lugar en que se cometió el delito, y el delito mismo que se acusa: cuya solemnidad, aunque por costumbre siempre

hizo Clérigo en fraude de la jurisdiccion secular, en cuyo caso habrá lugar únicamente á la imposicion de pena pecuniaria, y no de corporal (*núm.* 6.).

Universidad Rey Juan Carlos

pre interviene, no es necesaria, ni su defecto anulará el proceso atendida la *ley* 10. *tít.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* que establece se proceda en todas las causas con arreglo solamente á la verdad que de ellas resulte; pues no obstante de que habla en las causas civiles, por intervenir la misma razon, se debe extender á las criminales segun se practica (*núm.* 1. *ley* 14. *tít.* 1. *part.* 7.). Por el fundamento expuesto tampoco se necesita conclusion en que se pida la condenacion del reo en cierta pena, ó en la que se halla establecida por derecho, así como no se requiere en las causas civiles: habiéndose abolido por general costumbre la pena del talion en todos casos, para que con el miedo de tan grave pena no se dexen de acusar los delitos en perjuicio de la República, é imponiéndose únicamente al acusador calumnioso una pena correspondiente á la injuria (*núm.* 3. *leyes* 40. *tít.* 2. *part.* 3 *y* 26. *tít.* 1. *part.* 7.).

2 Quando el delito no lo es por razon del hecho sino por razon del dia ú hora en que se executó, ha de mencionarse forzosamente el tiempo de su comision en el libelo, y se ha de probar por el acusador para que el reo sea condenado, porque esta circunstancia es el fundamento de la intencion de aquel; pero si el delito lo es por razon del hecho, y de consiguiente en todo tiempo es digno de punicion, no debe expresarse en el libelo ni probarse por el acusador el dia y hora en que se cometió, pues de lo contrario se hallaria muy cohartado, y muchos delitos no se podrian probar ni castigar en detrimento del bien público (*núm.* 4.). Y en tanto es esta doctrina verdadera que tiene tambien lugar, y no puede el Juez mandar lo contrario, aun en el caso de que el acusador inste porque se exprese el dia y hora del crimen, mayormente quando con esta expresion se abriria puerta á las falsedades, probando el reo con testigos que en el dia y hora

expresados estuvo ausente, y que por tanto no pudo cometer el delito (*n.* 5.) (*a*).

3 Sin embargo de que el acusador exprese en el libelo el dia y hora del delito en el caso que hemos dicho no tiene obligacion á ello, de ningun modo le perjudica el probar que se cometió en otro tiempo diverso del expresado, bien la expresion se hiciese á instancia del acusado, bien espontáneamente. Esta doctrina se comprueba (omitiendo otras varias razones de nuestro Autor) con la referida ley recopilada, segun la qual debe procederse atendida la verdad, y puede seguirse la condenacion probándose otra causa diferente de la que se deduxo en juicio: y en vista de la ley citada y de los fundamentos omitidos, tiene por cierto nuestro Gomez que aunque se exprese en el libelo por forma y substancia del proceso el tiempo y lugar del delito, y se pruebe su comision en diverso tiempo y lugar, ó simplemente sin acreditar el lugar y tiempo en el caso que el hecho siempre es criminoso, puede hoy seguirse la condenacion (*núm* 6.).

4 Probándose únicamente el delito y no la qualidad que lo agravaba y fué propuesta en la acusacion (como si se cometió un homicidio con alevosía), ha de ser condenado el delinqüente, aunque pendiente el juicio no hubiese separacion con respecto á la dicha qualidad. Así se acredita de las razones expuestas anteriormente, y de que el crímen fué substancialmente probado, pues no obstante que la qualidad ex-

(*a*) Si el reo pide la dicha expresion maliciosamente (lo qual se dexa al arbitrio judicial), no ha de condescenderse á su solicitud: debiendo el Juez ántes de mandar al acusador que exprese el dia y hora del crímen, inquirir del reo, qué dia estuvo ausente, qué defensa quiere hacer y para qué solicita la expresion del dia; pues si ve que de esta ha de resultarle alguna defensa, ha de mandar que se haga (*núm.* 6.).

Universidad Rey Juan Carlos

expresada en el libelo altere la pena, no constituye crímen diferente en la substancia (*núm. 7.*).

5 Pendiente la causa puede el acusador deducir en ella la qualidad que agravaba el delito y fué omitida en el libelo, con tal que se le dé traslado al reo para su defensa, y se proponga ántes de la sentencia difinitiva y conclusion en la causa, pues la accion ó acusacion propuesta puede mudarse ó emendarse en quanto á lo accidental despues de contestado el pleyto: y aunque no se deduxese la tal qualidad en toda la causa, como se hallase probada en el proceso, puede imponerse al reo la pena que si se hubiera deducido, ya porque un simple libelo comprehende qualquiera especie del hecho propuesto, y ya porque en ello se interesa la República (*núm. 8. Véanse los nn. 10. cap. 1 y 25. cap. 3. de este comp.*).

CAPITULO XII.

De la prueba de los delitos.

1 Por lo que hace á la prueba de los delitos debemos advertir, que una cosa es informacion, otra indicio ó presuncion, otra es prueba semiplena y otra prueba plena y legítima. La informacion es *un simple dicho ó asercion de alguno sin juramento y forma judicial, por la que se mueve el Juez á inquirir á lo ménos lícita y justamente del delito*: pudiendo aun recibirse de personas inhábiles (*núm. 1.*). El indicio ó presuncion es *una racional y verosímil conjetura del hecho ó delito, y cierta inclinacion del ánimo por algunas circunstancias á creer alguna cosa.* Es tambien ménos que semiplena prueba, por lo que concurriendo con un testigo de vista no resulta plena para condenar. La prueba semiplena es, *quando*

Universidad Rey Juan Carlos

un testigo fidedigno y mayor de toda excepcion depone del hecho ó delito por haberlo visto ó percibido con algun otro sentido corporal, de tal suerte que concluya; pues si dos testigos hacen plena prueba, uno la hará semiplena.

2 La prueba plena y legítima es *un perfecto conocimiento del hecho ó delito por los modos establecidos en el derecho*. Hácese principalmente por la confesion de la parte y por testigos legítimos. Por la confesion de la parte, quando el reo confiesa en juicio voluntariamente el delito, pues es bastante para condenar, aunque la confesion no se ratifique ni confirme de algun otro modo; bien que inmediatamente no ha de ser condenado el reo, sino que el Juez debe señalarle término para oponer alguna excepcion, si la tiene, mediante á que el crímen podia estar ya prescripto, haberlo hecho en su defensa ó en el tiempo que era menor (*n.* 3; *leyes* 2. *tít.* 13. *part.* 3 *y* 15. *tít.* 1. *part.* 7.).

3 Tambien tiene la misma fuerza la confesion hecha ante el Juez sin preceder interrogacion suya, y sin juramento, como asimismo la contenida sin él en libelos ó posiciones (*núm.* 4.): debiendo decirse lo mismo de la que se hace y contiene en proceso nulo segun derecho, á no ser que la nulidad provenga de defecto de jurisdiccion, porque quando la ley ó estatuto excluye las nulidades, no se entiende excluir esta (*núm.* 8.).

4 Lo expuesto acerca de la confesion no tiene lugar siempre que se haga por persuasiones del Juez y promesa de que le librará, pues se tiene por nula, y en virtud de ella no puede ser condenado el reo, á causa de presumirse que confesará lo que no hizo con la esperanza de la venia (*núm.* 6.). De aquí es que si habiéndose acogido á lugar sagrado algun reo, el Juez le da seguridad para que salga y se presente an-

Universidad Rey Juan Carlos

ante él, se le ha de cumplir la palabra, y ha de ser restituido á la Iglesia, como por el delito se gozase de la inmunidad, porque la promesa debe cumplirse aunque sea á favor de los enemigos (*núm.* 7.).

5 El Juez, bien de oficio, bien á instancia de parte, puede obligar al reo á que preste el juramento de calumnia en quanto al artículo de decir la verdad, y á que responda á las posiciones, siempre que sea en juicio y preceda difamacion ó justa causa: y de tal suerte está obligado el reo á decir la verdad, que si preguntado justa y lícitamente por el Juez no la dice, peca mortalmente aunque por su confesion se le hubiese de imponer la pena capital, baxo cuyo supuesto no puede el Abogado aconsejar al delinqüente que la oculte (*n.* 5. *leyes* 23. *tít.* 11. *part.* 3. *y* 4. *tít.* 29. *part.* 7.).

6 En la prueba plena que se hace por testigos, bastan dos fidedignos y mayores de toda excepcion como en las causas civiles, aunque el delito sea gravísimo y se presenten contra el Pontífice ó Emperador: siendo de advertir que probándose el delito solamente por un testigo fidedigno, no tiene lugar el juramento por defecto de prueba, segun acontece en las causas civiles (*núm.* 9.).

7 Para que la deposicion de los testigos pruebe y concluya, es indispensable que den la razon de sus dichos, que consiste en expresar si viéron lo que dicen, si lo oyéron ó si lo percibiéron por algun otro sentido corporal, con el que puede percibirse el acto sobre que se depone (*dic. n. vers. Unum tamen.*): todo lo qual debe entenderse quando se les pregunta la razon, mas no de lo contrario, sino que depongan sobre alguna cosa que únicamente perciba el entendimiento, v. gr. sobre el dominio, posesion ó jurisdiccion, pues entónces, aun no siendo preguntados, deben expresar la causa del hecho y qua-

Universidad Rey Juan Carlos

qualidades de donde se infiera: y lo mismo sucede deponiendo sobre alguna circunstancia de la persona como la nobleza ó dignidad; bien que si al testigo no se le pregunta ni da la razon de su dicho, puede la parte presentarlo segunda vez, aunque sea despues de la publicacion de probanzas: debiendo tenerse presente que tan solo prueban los testigos de cierta ciencia, no los dé creencia excepto que depongan de ella por razon concluyente (*núm.* 10.).

8 De esta doctrina se infiere que si los testigos deponen de algun delito cometido de noche, deben necesariamente declarar que en aquel tiempo habia luz ó lucerna en el lugar del crímen, y de lo contrario no prueban ni concluyen (*dic. n. vers. Ex quibus infertur.*): pudiendo el Juez hacer á los testigos varias preguntas acerca de las qualidades ó circunstancias del delito y persona con el fin de averiguar la verdad, y de ver si se contradicen ó varian; pero esto puede practicarse únicamente quando los testigos vacilen ó sean de poca fama, no si son fidedignos y de buena opinion (*núm.* 11.).

9 Igualmente es indispensable que los testigos esten contestes en el delito sobre que declaran, concordando en el tiempo, lugar y persona, pues de otra suerte son singulares, y la prueba efectivamente es de un solo testigo, á causa de que siendo el acto reiterable, se juzga que deponen de diferentes y que no estan contestes, y no siendo reiterable, que son contrarios, y por tanto no prueban (*dic. n.* 10. *vers. Item adde quod etiam.*).

10 En algunos casos prueban los testigos singulares, como quando la diversidad de ellos puede unirse, v. gr. si tratándose de probar la prescripcion de diez años, dos testigos deponen del primer quinquenio y otros dos del segundo, por resultar una plena prueba de los diez años unidas todas las declara-

ra-

Universidad Rey Juan Carlos

raciones. Así tambien acontece si por la conjuncion del tiempo se presume un solo acto en número, tiempo y qualidad, como si por un mismo agujero dos ó mas testigos ven sucesivamente cometer algun crímen. Y finalmente sucede lo mismo quando se trata de probar algun delito en género, que comprehende baxo de sí diferentes especies ó actos particulares como la heregía, no simple y particular como el homicidio; porque si un testigo depone de un hecho y otro de otro queda probado plenamente el delito (*núm.* 12.).

11 Llámanse testigos fidedignos y mayores de toda excepcion aquellos á quienes ninguna puede objetarse y que no se hallan prohibidos por ley (*dic. n. al fin.*). En el número de los prohibidos con respecto á las causas criminales se comprehende en primer lugar la muger atendido el derecho canónico, porque atendido el real puede ser testigo en todas las causas civiles y criminales siempre que sea honesta y de buena fama excepto en el testamento (*ley* 17. *tít.* 16. *part.* 3.). En segundo lugar el menor de veinte y cinco años, aunque causa algun indicio (*n.* 13. *ley* 9. *tít.* 16. *part.* 3.).

12 En tercer lugar se halla prohibido el enemigo, siempre que la enemistad sea grave como la que proviene de injuria real ó verbal, de pleyto criminal en que se interesa la vida ó de pleyto civil sobre todos los bienes ó la mayor parte, mas no si es leve segun el arbitrio del Juez, bien dimanase la enemistad por culpa de aquel contra quien se presenta, bien por culpa del que es presentado por testigo: bastando que subsista causa de la qual pudo verosímilmente originarse la enemistad, aunque el ofendido asegure no ser enemigo: de tal suerte que este no se admite aun en el crímen de lesa Magestad ni otro qualquiera gravísimo, en donde se reciben testigos inhábi-

biles, porque la inhabilidad de aquel mira particularmente el odio de la persona; por el qual es de temer con fundamento alguna falsedad, y la inhabilidad de estos mira un defecto por el que se excluyen generalmente. Y no tan solo se repele el enemigo sino tambien sus descendientes y colaterales hasta el quarto grado, por presumirse serlo. Mas sin embargo de lo dicho se encuentran casos en los que se admite el enemigo, es á saber, quando lo es igualmente de ambas partes, y quando la enemistad fué procurada; pues si la parte contra quien se presenta sin preceder riña ni otra causa injuria á alguno con el fin de que no pueda ser testigo contra él, no le aprovecha su malicia: y no es excepcion de la expuesta doctrina el que se admita por testigo el enemigo despues de haberse reconciliado ó hecho la amistad expresa ó tácitamente, v. gr. si conversaba con su contrario como amigo ántes de la deposicion, por no ser ya enemigos; y por tanto siendo reciente la reconciliacion y amistad, mediante á presumirse todavía enemigo el contrario, no se admite (*núm.* 14. *ley* 13. *tit.* 16. *part.* 3.) (*I*).

13 En quarto lugar, todos los ascendientes y descendientes del acusador y sus colaterales dentro del quarto grado. En quinto, el doméstico ó sirviente del que lo presenta hallándose actualmente en su casa, mas no si estaba ya fuera de ella aunque poco ántes hubiese salido, sino que se comete fraude, el qual se

(*I*) Aunque el enemigo lo sea igualmente del acusador, conceptuo muy peligroso que se admita, porque aquel puede declarar falsamente contra el reo (ó por el contrario) si juzga que así puede vengarse de este mas fácilmente que se vengaria del acusador deponiendo á favor del reo. A esto se añade que es muy dificil averiguar y conocer si la enemistad es igual con respeto á ambos, como tambien que aun proviniendo de una misma causa puede tenerse á uno mas odio que á otro.

Universidad Rey Juan Carlos

se presume volviendo el testigo inmediàtamente que depuso á casa del que lo presentó. En sexto, el infame y condenado por algun delito famoso. En séptimo, el que se perjuró en alguna causa (*núm* 15. *ley* 8. *tit.* 16. *part.* 3.).

14 En octavo lugar, el compañero en el delito, porque podria nombrar á un inocente con la esperanza de conseguir la venia mediante su favor ó privilegio, ó por odio y enemistad para que pereciese en un mismo suplicio, sin que sea visto confesar el delito la parte contra quien se presenta el socio, por objetarle esta tacha; pues puede decir simple y generalmente que el testigo cometió el crímen, y que de consiguiente no lo es idóneo contra él; bien que en muchos delitos se admite por testigo el socio, y son, en el de heregía, en el de lèsa Magestad, en el de falsa moneda, en el de hechicería, en el de sodomía porque este se prueba como los dos primeros, en el de hurto famoso, en los que verosímilmente no se pueden cometer sin cómplices, y en otros varios que traen los DD. (*n.* 16. *ley* 21. *tít.* 16. *part.* 3.).

15 En los mencionados delitos y en todos los demas si el reo es siervo, puede ser preguntado de los compañeros, porque no es de presumir que tuviese osadía para delinquir sin ayuda de otro, mas si es libre, solo en los referidos crímenes, por no ser válida su deposicion en otros: debiendo ser preguntado el reo generalmente, *quiénes fuéron sus compañeros*, no particularmente, pues esto no seria preguntar sino incitar ó sugerir. Y si por ventura el reo niega habiendo indicio de que interviniéron con él socios, se le ha de dar tormento: debiendo tenerse presente que en qualquiera delito que el reo espontáneamente ó preguntado por el Juez declara algun socio, será suficiente su confesion para una simple

Universidad Rey Juan Carlos

informacion é inquisicion del Juez y para la captura de la persona (*núm.* 17.).

16 En los casos que hemos dicho se admite el socio por testigo, es verdaderamente legítimo, y de consiguiente uno solo hace suficiente indicio para tormento y dos prueban plenamente; pero para esto es necesario que la declaracion del socio se haga con la forma y solemnidad que corresponde en un testigo, es á saber, precediendo juramento y citacion de la parte, y dándosele despues copia de la deposicion para que se defienda (*núm.* 18.).

17 En nono lugar, se halla prohibido el ebrio, bastando que acostumbre embriagarse aunque no lo esté en el acto de la deposicion (*dic. n. vers. Nono. ley* 8. *tít.* 16. *part.* 3.). En décimo, el preso al tiempo de la declaracion, porque acaso con la esperanza de salir de la prision faltará á la verdad en favor del que lo presenta (*dic. n. vers. Décimo. ley* 10. *tít.* 16. *part.* 3.). En undécimo, el pobre siendo vil persona, ó dudándose si lo es, mediante á que se puede corromper fácilmente con dinero, mas no si es persona honesta y fidedigna. Y en duodécimo lugar, se comprehenden en el número de los prohibidos el Clérigo, Religioso y Monge á causa del peligro de irregularidad en que pueden incurrir, y por cesar este inconveniente en los asuntos civiles, pueden ser testigos en ellos con licencia de su respectivo Prelado (*núm.* 19 *ley* 8. *tít.* 16. *part.* 3.).

18 *Si* los testigos inhábiles de hecho se exâminan, unos hacen indicio y otros no. No hacen indicio los que se excluyen por sujecion y reverencia debida á la parte como el siervo, ó por haberse exâminado sin observar el órden establecido por derecho, v. gr. ántes de la contextacion del pleyto ó sin citacion de la parte. Y hacen indicio, bien que no pleno y sí de forma que unido con otros pueda darse

Universidad Rey Juan Carlos

tormento, los que se repelen por edad, sexô é infamia: haciéndolo tambien segun la clase de enemistád el que se repele por causa de ella; á no ser que en los casos referidos la parte contra quien se presentan, proteste al tiempo de la deposicion que no se reciban, oponiendo la excepcion de inhabilidad (*núm.* 20.). Y no es de omitir que siendo un testigo inhábil y otro fidedigno y de mucha aprobacion, hacen plena prueba, porque la gran fe del uno suple el defecto del otro (*núm.* 21.).

19 Cometiéndose el delito en tal lugar ó tiempo que verosímilmente no pudo haber copia de testigos, como en monte, desierto, lugar secreto ó de noche, se admiten los inhábiles, siempre que no tengan odio á la persona contra quien se presentan por el bien fundado temor de falsedad mas fácil en este caso que en otros; pero si verosímilmente pudo haber copia de testigos, como si se cometió de dia, en la ciudad ó lugar público, sucede lo contrario (*dic. n. vers. Quæro tamen.*).

20 Tambien se admiten los testigos inhábiles en defensa del reo, sí bien es cierto que aun en este caso, por militar en él las mismas razones por las quales se excluyen en los demas, no prueban plenamente y solo hacen indicio segun las circunstancias de la inhabilidad y del negocio, para que de esta suerte se disminuya la fe de la prueba contraria y tan solo se imponga una pena arbitraria (*núm* 23.).

21 El Juez de oficio y sin que la parte lo pida, puede repeler los testigos inhábiles y sus dichos siempre que su incapacidad provenga de culpa de ellos, de la edad ó del sexô, por no poder la parte habilitarlos de modo alguno, en atencion á estar prohibidos por favor público; mas si la incapacidad es por favor de la parte como en los domésticos, enemigos, consanguíneos y otros semejantes, aunque cons-

te de ella en el proceso, no puede el Juez repelerlos sin que la parte oponga la excepcion, porque se entiende que aquella los admite y habilita tácitamente (*n.* 22.).

22 Los testigos idóneos pueden ser compelidos á declarar, exceptuándose los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el quarto grado, el marido, la muger, el suegro y la nuera que no se han de precisar ni en causa criminal ni en civil ardua, y si de hecho se precisasen su deposicion es nula; pero si voluntariamente declaran y no pueden ser obligados á ello por favor suyo para que no depongan contra el pariente dentro del quarto grado, es válida su declaracion, lo qual no acontece quando no pueden compelerse por la reverencia debida á la parte contra quien se presentan; sí bien es cierto que la doctrina expuesta no se admite en el caso de que la verdad no pueda saberse por otros atendida la calidad del negocio, porque entónces las mencionadas personas han de ser compelidas para que la verdad no se oculte (*n.* 24. *ley* 11. *tít.* 16. *part.* 3.).

23 Como en las causas criminales son indispensables unas pruebas muy claras y evidentes, por tratarse en ellas de la vida y fama del hombre, no puede ser condenado en pena de muerte ú otra corporal solamente por indicios ó presunciones, aunque sean violentísimas y no puedan negarse. Por tanto si alguno sale huyendo con una espada desenvaynada de la casa ó lugar en donde se encuentra un hombre muerto, no se le impondrá la pena capital, porque acaso fué otro el autor de la muerte, ó acaso la cometió en su defensa ó de otro modo inculpable (*n.* 25. *ley* 7. *tít.* 31. *part.* 7. *y ley* 2. *tít.* 1. *part.* 7.). Y lo mismo debemos asegurar atendiendo los referidos fundamentos, quando contra el reo se halla un testigo de vista mayor de toda excepcion y otra semiplena prueba de diverso género, pues tan solo en

las

Universidad Rey Juan Carlos

las causas civiles la hacen plena dos semiplenas diferentes ó muchos indicios y presunciones (*núm.* 26.). Mas lo expuesto debe entenderse con respecto á las presunciones ó indicios que el Juez deduce del hecho y calidad del negocio, y no con respecto á los indicios determinados y aprobados por ley, por los quales se puede castigar al delinqüente con la pena ordinaria aun siendo capital (*dic. n.* 25. *vers. Quod tamen*) (*a*).

CAPITULO XIII.

Del tormento y quando se ha de usar de él.

1 Si el delito se probó plenamente segun los modos legítimos de que hemos hablado en el capítulo anterior, se ha de condenar al reo definitivamente: si nada se probó contra él, definitivamente ha de ser absuelto; y si hay semiplena prueba ó algun indicio probado, se ha de poner en tortura, la qual es *una indagacion de la verdad por el dolor y tormento que padece el sospechoso ó infamado.* Tiene lugar solamente en los crímenes porque puede imponerse pena corporal, pues en los dignos de pena pecuniaria ó de destierro mayor pena seria la tortura que la correspondiente al delito. Este remedio es justo y racional por el favor que de él resulta á la república, en cuyo perjuicio se quedarian de otra suerte muchos delitos ocultos y sin el condigno castigo, mayormente quando ha de intervenir precediendo indicios, y se requiere despues de algun intervalo que el reo se ratifique sin tormento (*nn.* 1 *y* 2. *ley* 1. *tít.* 30. *part.* 7.) (*I*).

2 A

(*a*) Es mas corriente que no puede imponerse la pena ordinaria por presuncion violenta sino otra mas suave (*n.* 26. *al fin.*).

(*I*) Quan falible es la tortura para la averiguacion de los cri-

2 A todos puede darse tormento excepto á los prohibidos. Estos son el Soldado, el Doctor, el Regidor y los descendientes de estos, el que está colocado en una grande dignidad, el noble ó hidalgo, la muger miéntras está embarazada por el peligro del parto y despues durante su debilidad segun el arbitrio del Juez, porque podia seguirse fácilmente la muerte: el menor de catorce años y el anciano, aunque á estos dos últimos así como no se les excusa en un todo del tormento que puede moderarse con respecto á la cantidad ó calidad, bien que en el crímen de lesa Magestad Divina y humana puede darse á las personas prohibidas por razon de su dignidad ó personal privilegio, y no á las excusadas por edad, senectud, peligro del parto ó debilidad, por tener siempre lugar el fundamento de la prohibicion (*n. 3. ley 2. tít. 30. part. 7. ley 13. tít. 7. lib. 2. de la Recop.*).

3 A quien no puede darse tormento por beneficio de otro como á la muger embarazada, tampoco por el mismo motivo puede amedrentarse; pero si alguno se excusa de la tortura por edad ó debilidad como el menor ó anciano, del mismo modo que se les puede dar un tormento leve, se les puede amedrentar: pudiendo tambien ser amedrentados los que por privilegio ó dignidad de su persona no deben padecer la tortura, siempre que el terror ó amenaza no sea real y próxima al acto, v. gr. poniéndose al reo ligado ó desnudo cerca del lugar del tormento, sino ver-

crímenes, y quan conveniente seria desterrarla de todos los tribunales, acreditó con solidísimas razones y lastimosos exemplos el muy eloqüente y famoso enciclopédico de nuestro siglo el M. I. S. D. Fr. Benito Feijoo *en el tomo 6. de su teatro crítico disc. 1. Paradoxa 1.* Tambien acreditó doctamente esto mismo el Señor D. Manuel de Lardizabal y Uribe, Fiscal de la Sala de los Señores Alcaldes de Casa y Corte, en su preciosa obra intitulada *Discurso sobre las penas cap. 5. §. 6.*

Universidad Rey Juan Carlos

verbal por reputarse leve y poderse hacer á qualquiera indistintamente: de modo que si interviniendo esta confesase el delinqüente el crímen, valdrá su confesion como espontánea y hecha sin tormento (*núm.* 4.).

4 En tanto es verdad que á las mencionadas personas no puede darse tormento ni amedrentarse, que si se executase lo uno ó lo otro y confesaran el delito, no podrian ser castigadas por su confesion aun siguiéndose la ratificacion correspondiente, porque el tormento fué nulo y de consiguiente la confesion, segun acontece en el tormento dado sin preceder indicios (*dic. n. vers. Et in tantum.*).

5 El género de tormento que se ha de dar, su modo y tiempo, por no hallarse decidido en el derecho ni haber en él establecida cierta regla, se dexan al arbitrio del Juez para que use del que le parezca con moderacion segun la calidad de la persona, del delito, de los indicios y del tiempo, de suerte que verosímilmente el reo no pierda la vida ni miembro alguno; bien que obrará prudentemente el Juez en no valerse de tormentos desacostumbrados, y en usar de los mas comunes (*n.* 5.).

6 Si el Juez da tormento al reo dolosamente, ha de ser castigado con pena capital si se sigue la muerte de este, y con pena arbitraria si pierde algun miembro ó resulta otro perjuicio corporal. Tambien ha de ser castigado con pena arbitraria con arreglo á la culpa, quando con ella y no con dolo se excede en el tormento: como asimismo quando da tormento al noble ó persona á quien no puede darse segun derecho; pero si el Juez usa del tormento lícitamente observando la forma del derecho y con la moderacion debida, no queda obligado en modo alguno por las resultas. En este supuesto es muy importante que el Escribano que presencie la tortura, men-

Universidad Rey Juan Carlos

mencione en los autos el modo y calidad del tormento y demas particularidades para que pueda constar despues, si hubo ó no culpa ó exceso del Juez, lo qual no es de presumir y debe probarse por el que lo alegue (*n.* 6.).

7 Para dar tormento al delinqüente, basta que haya contra él un testigo de vista fidedigno y mayor de toda excepcion que deponga del crímen, pues hace semiplena prueba y para lo mismo es suficiente un indicio que no la hace (*n.* 7. *ley* 3. *tít.* 30. *part.* 7. *y ley* 10. *tít.* 11. *part.* 3.).

8 Los indicios bastantes para poner al reo en qüestion de tormento son los siguientes: El primero, la confesion extrajudicial que hace el delinqüente de haber cometido algun delito, si aquella es particular, como si dixese *que mató á Francisco*, *que hizo tal hurto*; mas no si es genérica, como si expresase *que hirió á un hombre*: bien esta confesion extrajudicial fuese hecha por el mayor, bien por el menor de edad teniendo la correspondiente: bien se hallase la parte presente, bien ausente, porque en las causas criminales la confesion extrajudicial no hace plena prueba por necesitarse en ellas muy clara, y por tanto hace únicamente indicio para tormento (*n.* 8. *ley* 7. *tít.* 13. *part.* 3.).

9 No pierde su eficacia la confesion extrajudicial porque el reo la revoque, en atencion á que la parte ó el fisco no pueden ser privados del derecho que por ella adquiriéron: y si por ventura el reo á quien se da tormento por su confesion extrajudicial, confiesa en él el delito, se necesita la ratificacion, pues esta es indispensable aun dándose al reo tormento á causa de tener contra sí un testigo de vista que es de mas consideracion que qualquiera indicio: no siendo de omitir que sin embargo de que la confesion extrajudicial no pruebe en los delitos y solo haga indi-

Universidad Rey Juan Carlos

dicio para tormento, vale para imponer al reo una pena extraordinaria, como á aquel que se gloria de haber cometido un delito en ofensa de otro (*dic. n. vers. Limita tamen.*).

10 Lo expuesto acerca de la confesion extrajudicial no puede correr en la que se hace al Confesor, por lo que aun revelándola y constando de ella ningun efecto surte, mediante á que se hizo al Confesor como si á solo Dios se hiciese. Por este fundamento si el Sacerdote que oyó al reo de penitencia se presenta por testigo, no se halla obligado aun con juramento á responder sobre el delito que se le participó en la confesion, pudiendo decirse lícitamente que nada sabe, porque no lo sabe como hombre y persona privada sino como Dios; mas si el delinqüente participa el crímen al Sacerdote fuera de la confesion, presentándose por testigo está obligado á decir la verdad, aunque se lo participase secretamente y con la protesta de que no lo revele, como si se lo dixera baxo del sigilo de la confesion (*n.* 9.).

11 El segundo indicio es la fama, porque si cometido el delito en algun lugar hay pública voz y fama entre todos ó la mayor parte de que Francisco v. gr. lo cometió, y la tal fama se prueba suficientemente por dos testigos que dan la razon, diciendo que pública y comunmente lo oyéron, puede darse tormento á Francisco. El tercer indicio es la fuga despues de cometido el crímen, por presumirse que el fugitivo lo cometió. (*n.* 10. *ley* 3. *tít.* 30. *part.* 7).

12 El quarto indicio es la enemistad, por sí sola si es grave, y si no lo es, con otros adminículos. Lo mismo se verifica quando solamente preceden amenazas, pues en atencion á que las mas veces se profieren con ira muchas expresiones que despues no se ponen en execucion, es indispensable que concurra algun adminículo, como v. gr. el de ser el amena-

Universidad Rey Juan Carlos

nazador hombre que acostumbra executar sus amenazas; bien es verdad que en esta peligrosa materia los indicios siempre se dexan al arbitrio del Juez, para que inspeccionadas las qualidades del hecho y de la persona y demas circunstancias ocurrentes vea si son ó no suficientes. El quinto indicio, quando alguno es visto salir con espada desnuda del lugar donde otro queda herido ó muerto (*n.* 11. *ley* 60. *del Estilo.*).

13 El sexto indicio es en el crímen de hurto quando la cosa hurtada se halla en poder de alguno, porque se presume que este la substraxo siendo persona vil y de mala fama, salvo si es mercader público que acostumbra comprar y vender, ó si manifiesta el autor de quien la obtuvo (*núm.* 12.). Y el séptimo indicio es si despues de haberse cometido el hurto, alguno que tiene casa inmediata en la qual moraba de continuo, siendo ántes vil y pobre se halla rico (*n.* 13.).

14 Algunas veces se forma indicio contra alguno, por ser el primero que dice haber encontrado el muerto, ó haber presenciado la comision del crímen, ó por solicitar del Juez con eficacia que haga inquisicion sobre el delito que no le toca en modo alguno, y lo castigue, mediante á que se ha verificado en varias ocasiones que han sido los verdaderos delinqüentes los que han executado lo dicho (*núm.* 14.), pero no se puede fundar indicio de que la sangre del muerto recientemente corra por las heridas, causándose cierto movimiento en el cadáver á presencia de alguna persona y no á presencia de otra, por ser todo muy incierto y provenir de causas incógnitas (*núm.* 15.).

15 No hace suficiente indicio para tormento la confesion ó dicho del difunto contra el reo, aunque aquel sea de buena fama y este vilísimo é infame, por no ser con juramento y como de testigo en la for-

forma que se requiere, mayormente quando el muerto se reputa enemigo capital del reo, por juzgar que este lo ofendió; sí bien es cierto que excusa al heredero ú otro forzoso acusador de la calumnia presunta (*núm.* 16.).

16 La confesion del difunto en que declara no ser v. gr. Antonio culpado en su próxîma muerte, es provechosa á este aunque contra él se hubiese probado plenamente el delito, porque aquella equivale á una expresa remision de la injuria, y segun nuestro derecho la transaccion y remision del crímen surte el efecto de que no pueda imponerse pena corporal: y si no se ha probado plenamente, sino que tan solo hay contra el reo presunciones ó indicios, aun siendo tales que por ellos pueda darse tormento, no se le ha de dar en este caso, mediante á que la expresada confesion disminuye la virtud y eficacia de todos los indicios contrarios, por ser mas poderosa la presuncion que de ella resulta y por el favor de la inocencia (*núm.* 17.).

17 Qualquiera indicio para dar tormento como v. gr. la fuga, debe probarse por testigos contestes, fidedignos y mayores de toda excepcion, pues así como el testigo de vista que hay contra el reo, ha de ser idóneo para el mismo efecto, así tambien los testigos con que se prueba el indicio: advirtiéndose que para la tortura no es bastante que el reo tenga contra sí dos testigos singulares que depongan de diversos indicios (*núm.* 18.).

18 No puede darse el tormento hasta que se haya hecho publicacion de probanzas, porque hasta este tiempo no puede constar si hay méritos suficientes para él, como ni tampoco si el delito se ha probado plena y legítimamente, en cuyo acontecimiento de ningun modo tiene lugar la tortura, por deberse usar únicamente de este remedio en defecto de prue-

Universidad Rey Juan Carlos

ba: incurriendo el Juez que con ella da tormento al reo en la pena de satisfacerle los daños é intereses. Y de tal suerte es verdadera esta doctrina, que si de hecho el Juez en este caso da tormento al delinqüente y este niega el crímen, quedan en su vigor las probanzas, pudiendo ser condenado difinitivamente en virtud de ellas, aunque aquel no lo protestase. Asimismo si el reo confiesa el delito, por haber sido nulo el tormento y de consiguiente la confesion hecha en él, puede apelar, de lo qual se infiere, que para el efecto de que no tenga lugar la apelacion, no se ha de usar del tormento habiendo prueba legítima (*nn.* 19 *y* 20.).

19 No es suficiente para dar tormento que se haya hecho publicacion de probanzas, tambien es indispensable que se dé traslado al reo de los indicios para que pueda alegar contra ellos y defenderse. Con este motivo expondrémos el órden que debe seguirse en las causas criminales y trae nuestro Autor. En primer lugar el Juez recibe sumaria informacion secreta sin citacion del reo y hace que se ponga preso: despues se formaliza la acusacion por la parte, por el Fiscal ó de oficio del Juez, y jura el reo de calumnia sobre el delito, dándosele traslado y término para responder. En este estado el Juez pronuncia sentencia interlocutoria de prueba para que en su término funden las partes su intencion, ya presentando los testigos del sumario que forzosamente han de ver jurar las partes, y no merecen fe sin que se ratifiquen, ya presentando todos los demas testigos que tengan y haciendo quantas pruebas puedan: y pasado todo el término probatorio se hace publicacion, se concluye, exâmina el Juez los méritos del proceso y en su vista últimamente si nada se ha probado contra el reo lo absuelve difinitivamente, debiendo hacer tambien lo mismo quando haya algu-

Universidad Rey Juan Carlos

gunos indicios no bastantes para la tortura segun aquella regla de derecho: *no probando el actor ó acusador debe ser absuelto el reo*: si se averiguó el crímen con plena prueba, lo condena en la pena ordinaria; y si con prueba semiplena ó indicio suficiente para tormento, pronuncia que se le debe dar, ó impone una pena arbitraria al reo siendo de los que no pueden ponerse en qüestion de tormento (*núm.* 21.).

20 El Juez bien proceda de oficio, bien á instancia de parte, sin que esta lo pida puede dar tormento al delinqüente, mediante á que debe hacer por favor de la república quantas pruebas sean conducentes; y no tan solo puede sino que se halla precisado á usar de él habiendo legítimos indicios, porque de otra suerte perjudicaria á la República y parte ofendida, y el acusador podria justamente apelar (*núm.* 22.).

21 De la sentencia de tormento, por contener gravámen irreparable por la difinitiva, se puede apelar, y por tanto en el término concedido para ello no ha de executarla el Juez: siendo digno de advertir que al reo puesto en tortura no ha de preguntar el Juez particularmente, *si él mismo cometió el crimen ú otro que mencione*, sino generalmente, *quien lo cometió*, *de que forma y en que sitio*, persuadiéndolo á que diga la verdad del caso, segun se observa en el testigo que se atormenta (*n.* 23. *ley* 3. *tit.* 30. *part.* 7. *Véase el n.* 15. *del cap. ant.*).

22 Porque muchos con el excesivo dolor del tormento quieren mas bien confesar los delitos que no han hecho, que padecerlo, no vale la confesion que haga el reo de haber cometido el crimen, ni en virtud de ella puede ser condenado difinitivamente, hasta que se ratifique sin tormento despues de veinte y quatro horas ú otro tiempo competente segun el arbitrio del Juez, estando el reo en este intervalo en lugar distante del tormento. Para esta ratificacion ha de com-

Universidad Rey Juan Carlos

comparecer el delinqüente ante el Juez, y entónces el Escribano ha de leer la confesion hecha en la tortura, preguntándole últimamente el Juez si es verdadera y se ratifica en ella, y diciéndole que una vez que no se le da tormento declare en un todo la verdad (*n.* 24. *ley* 4. *tít.* 30. *part.* 7.).

23 Si el reo fué puesto en qüestion de tormento sin preceder legítimos indicios y confesó el delito, aunque despues se ratifique con la solemnidad que corresponde, no ha de ser condenado, pues habiéndose dado injustamente el tormento, quanto de él resulte debe anularse. Por esta razon en qualquiera caso que no puede darse tormento al reo, si se le diese, no obstante de que confesara el crímen y se ratificara solemnemente, no se le podria imponer pena. No obsta que es válida la confesion hecha en libelo ó proceso nulo, mediante á que esto sucede, porque la nulidad proviene de defecto de solemnidad y no de falta de justicia (*núm.* 25.) (*I*).

24 Negando el reo en el tormento, se le ha de dar segunda vez si los indicios son muy graves y urgentes, ó si sobrevienen despues otros diversos. Tambien se puede reiterar la tortura, si en ella confiesa el reo y posteriormente no se ratifica, porque de otra suerte seria inútil el tormento, en atencion á que sabiendo el reo que segunda vez no habia de dársele, nunca se ratificaria (*n.* 26. *ley* 4. *al fin tít.* 30. *part.* 7.). y es de advertir que si el reo confiesa el delito en dos ocasiones que se le da tormento y nunca se ratifica, solamente se le puede dar otra vez

(*I*) Debe ampliarse esta doctrina al caso de que la certeza de la confesion conste por la vista de ojos, como si alguno confiesa que mató á un hombre infiriéndole tres heridas y que lo enterró en un huerto, y habiéndose hecho la correspondiente diligencia, se encontró el cadáver con las dichas tres heridas (*núm.* 26.).

Universidad Rey Juan Carlos

vez (*núm.* 27.). Asimismo es de advertir que si el reo á quien se dió una ó mas veces tormento, no confiesa el delito, ha de ser absuelto difinitivamente (*n.* 28. *leyes* 26. *tít.* 1 *y* 4. *tít.* 30. *part.* 7.).

25 Al testigo puede tambien darse tormento para descubrir la verdad, pero únicamente en dos casos, es á saber, quando varia en su declaracion, y quando se prueba que presenció el delito y lo niega: debiendo inferirse de lo dicho hasta aquí que no tiene lugar la tortura en las causas civiles, á no ser que tengan anexo algun crímen, como si se trata de depósito y el deudor lo niega (*n.* 29. *leyes* 6. *y pen. tít.* 30. *part.* 7.).

26 Regularmente se puede apelar en las causas criminales de la sentencia difinitiva, aunque el crímen sea de lesa Magestad ú otro qualquiera, de suerte que qualquiera extraño puede interponer la apelacion por el reo sin su mandato y aun el consanguíneo contra su voluntad: y si el Juez por ventura despues de interpuesta la apelacion quiere proceder de hecho á la execucion de la sentencia, de hecho y con mano armada pueden estorbarlo los consanguíneos ó amigos del reo, mediante á que por la apelacion se extinguió la jurisdiccion del Juez y se reputa una persona privada. Dixe *regularmente*, porque en varios casos no hay lugar á la apelacion. El primero, quando el reo es condenado así por su confesion como por testigos en qualquiera delito indistintamente, segun se observa en las causas civiles. El segundo, en el delito de heregía, aunque de la sentencia interlocutoria dada en él bien se puede apelar en atencion á que su gravámen no puede repararse despues de la difinitiva. El tercero, en el crímen de falsa moneda. El quarto, en el rapto de alguna doncella ó muger honesta. El quinto, en el crímen de violencia sobre alguna cosa ó posesion. El sexto

Universidad Rey Juan Carlos

to, en el ladron público ó famoso. El séptimo, en el sedicioso ó concitador. El octavo, en el homicidio alevoso. Y el nono, en el pecado nefando (*n.* 31. *Véase todo el tit.* 23. *part.* 3. *principalmente las leyes* 1. 6 *y* 16.); bien es verdad que si en alguno de estos casos admite el Juez la apelacion por ignorancia ó por su voluntad, no puede en modo alguno executar la sentencia, porque se extingue su jurisdiccion en la causa por el mismo hecho de admitirla, y su conocimiento pertenece al Superior á quien se ha de remitir (*núm.* 32.).

27 Puede el reo probar su inocencia en qualquiera parte del pleyto, aunque sea despues de la conclusion para la sentencia, porque la defensa es tan privilegiada y permitida por derecho que el temor del soborno no ha de excluirla: debiendo el Juez despreciar como inválida la renuncia que el reo haga de sus defensas y del término probatorio competente que se le asignó, en las causas que puede imponerse pena corporal, y dexar por consiguiente correr en ellas el dicho término. Y no tan solo puede probarse la inocencia en qualquiera parte de la causa, sino tambien despues de pronunciada la sentencia siempre que sea de oficio del Juez y por evidencia del hecho, probando negativa que arguya y manifieste que el delito no se cometió, como si se hiciera ver que aun vivia la persona que se juzgaba muerta, en cuyo acontecimiento debe el Juez que pronunció la sentencia revocarla sin consultar al Príncipe (*n.* 23. *ley* 5. *tit.* 13. *part.* 3. *y ley* 4. *tit.* 3. *part.* 7.). Tambien por el contrario el Juez de oficio aunque proceda á instancia de acusador, en qualquiera parte de la causa hasta la sentencia difinitiva puede admitir testigos y hacer las demas pruebas que parezcan conducentes en perjuicio del reo (*núm.* 34.).

28 Habiéndose pasado la sentencia en autoridad de

de cosa juzgada, aunque el delinqüente asegure tener que participar al Príncipe algun asunto respectivo á su persona, estado ó salud, se ha de poner en execucion inmediatamente, de dia y no de noche para que á otros sirva de exemplo, y en el lugar acostumbrado; sí bien es cierto que algunas veces por la gravedad del crímen y terror de otros se puede executar la sentencia en el lugar de aquel (*n.* 35. *ley* 5. *tit.* 27. *part.* 3. *y fin. tit.* 31. *part.* 7. *Véase al Suar. letr. I.*).

29 La sentencia difinitiva que pasó en autoridad de cosa juzgada, debe revocarse ó suspenderse en los casos siguientes. El primero, quando el condenado fué procurador, gestor ó administrador de los bienes de otro, y este pide que le dé cuenta de su administracion; pues entónces para este efecto siempre que pueda evacuarse dentro de breve tiempo, se ha de suspender la execucion. El segundo, quando el reo sentenciado fué peritísimo en su arte en el pueblo ó república donde tiene su domicilio, acreditándose su pericia, en cuyo caso despues de consultado el Príncipe se revoca la sentencia y se impone pena mas suave por la utilidad de la república: y en este supuesto y en el de poderse seguir fácilmente la muerte del tormento, tambien se le ha de remitir (*n.* 36. *ley* 2. *tit.* 32. *part.* 7.).

30 El tercer caso es, quando una muger embarazada ha sido condenada á pena de muerte ú otra corporal, porque ha de suspenderse la execucion hasta que para, por el peligro del parto, mediante á que así como el hijo nacido no debe castigarse por el delito paterno ó materno, así tampoco el póstumo. Lo mismo se ha de decir en órden á la pena de destierro, si verosímilmente puede seguirse algun peligro al parto: procediendo todo lo dicho aunque dolosa y fraudulentamente pusiese los medios para con-

Universidad Rey Juan Carlos

cebir. Pero habiendo parido, sin defension se executará la sentencia si es de muerte (á no ser que ningun ama se halle que pueda criar al hijo); y si es otra corporal, se aguardará á que convalezca para que pueda sufrirla sin peligro de la vida. El ama que alimente al niño se ha de costear de los bienes de este, y no los teniendo ni habiendo quien lo haga de gracia, de los bienes de la república: siendo digno de advertir que bien se puede substanciar el proceso con la muger embarazada, obligándola á jurar y á declarar como parte ó testigo si no hay peligro del parto, y pronunciar contra ella la sentencia condenatoria (*n.* 37. *ley fin. tít.* 31. *part.* 7.)

31 El quarto caso es, quando el reo al tiempo que se está ahorcando, quebrado el cordel cae en tierra sano y sin lesion, en cuyo evento se suspenderá la execucion y consultará al Príncipe, porque quanto sucede rara vez contra lo que es natural, se ha de atribuir mas bien á milagro que á otro hecho (*dic. n. vers. Sextus casus.*). El quinto es, quando el reo habia formalizado alguna acusacion, pues hasta que la concluya se suspende la execucion (*dic. n. vers. Séptimus.*).

32 El sexto caso es, quando el Príncipe remite la pena al delinqüente, pues queda libre de ella. Esta remision puede ser general con respecto á los delinqüentes esten ó no condenados, por el feliz nacimiento de un hijo, por alguna victoria ú otra causa semejante; y particular con respecto á cierto reo por gracia y singular privilegio: todo lo qual puede hacer justamente el Príncipe no habiendo parte que acuse, ni resultando grave perjuicio á la república (*núm.* 38. *ley* 1. *tít.* 32. *part.* 7. *ley* 2. *tít.* 25. *lib.* 8. *de la Recop.*)

33 Si el crímen es calificado, v. gr. por haberse cometido ántes otro semejante, ó por haberse come-

tido alevosamente, no aprovecha al delinqüente la remision, bien sea general, bien especial, si la calidad no se menciona: y haciéndose la remision ántes de la sentencia, se juzga remitida así la pena del delito como la confiscacion de bienes é infamia; pero si se hace despues de ella solamente la pena del delito á no ser que en la remision todo se perdone expresa ó tácitamente por alguna palabra que la denote plena, como si dice el Monarca, *que lo restituye á su antiguo estado*; pues el beneficio del Príncipe debe interpretarse muy latamente; bien es verdad que aunque en este caso el delinqüente recupere los bienes confiscados, no recuperará los frutos ya percibidos por el Príncipe ó fisco, mediante á que la restitucion es graciosa y este es legítimo poseedor de los dichos bienes á conseqüencia del justo título (*dic. n. vers. Item adde quod si, leyes* 1 *y* 3. *tit.* 25. *lib.* 8. *de la Recop.*).

34 En la restitucion de los bienes no se comprehenden los confiscados que se enagenáron á otro bien por título oneroso, bien por título lucrativo, como ni tampoco los del delinqüente que por disposicion de ley ó Juez se aplicáron á alguna persona, aunque no hubiese tomado su posesion: porque siempre se entiende sin perjuicio del derecho adquirido á tercero el beneficio del Príncipe, quien aun con su plena potestad no puede usurpar á otro en un todo el derecho que adquirió, sino solo suspenderlo ó diferirlo, á no ser que contribuya con otro tanto de su patrimonio (*núm.* 39.).

35 El sexto caso es, quando el Príncipe con iracundia condena ó manda condenar á alguno en mayor pena que la que exîge el delito y se halla impuesta por derecho, porque entónces se suspende la execucion por treinta dias y despues se consulta al Príncipe (*dic. n. vers. Undecimus, leyes* 29 *y sig. tit.* 18. *part.* 3. *ley* 4. *tit.* 14. *lib.* 4. *de la Recop.*). El séptimo

Universidad Rey Juan Carlos

y último caso es, quando se hubiese condenado á muerte algun sugeto constituido en dignidad; pues ha de suspenderse la execucion hasta que se consulte al Príncipe, si no que de otra suerte no pueda sosegarse algun escándalo ó tumulto (*vers. Duodecimus.*).

CAPITULO XIV.

De la confiscacion de los bienes del delinqüente.

1 En los casos que por el delito se incurre en la pena de confiscacion de bienes, no se extiende está á los futuros, y de consiguiente si el reo es condenado á muerte civil, v. gr. de galeras ó destierro perpetuo, y se le confiscan los bienes, quanto adquiera despues por contrato ó última voluntad, mediante á no hacerse ya siervo de la pena, será para él mismo y para sus herederos (*n. 1. Véase el n. 19. cap. 10. tom. 1. y su nota.*).

2 Tampoco se comprehenden en la confiscacion los derechos condicionales, y por tanto debiéndose al reo sentenciado alguna cosa baxo condicion y cumpliéndose esta despues de la sentencia, no pertenecerá aquella al fisco: lo qual ha de entenderse con respecto á los derechos condicionales que provienen de última voluntad, pues así como no pasan al heredero, así tampoco al fisco que se tiene en lugar de tal; pero no con respecto á los que dimanan de contrato por la razon contraria, excepto que la condicion sea potestativa por no transmitirse á los herederos (*n. 2. Véanse los nn. 35 y 36. cap. 11. tom. 2.*).

3 El delinqüente no se halla obligado en el fuero de la conciencia á satisfacer la pena impuesta por el delito, hasta que el Juez lo haya sentenciado, en cuyo evento adquiere derecho la parte, y le com-

Universidad Rey Juan Carlos

pete la accion *judicati* para exîgir la pena: y si esta se impone *ipso jure*, es necesaria la declaracion del Juez á conseqüencia de un pleno conocimiento de la causa, por quanto ningun reo tiene obligacion de manifestar su delito y de disfamarse (*n.* 3. *Véase al Gom. tom.* 3. *cap. n.* 5.).

4 No puede el autor de algun delito, por el que se incurre en pena de confiscacion *ipso jure*, enagenar sus bienes por título honeroso salva la conciencia á causa de que el fisco puede privar de ellos al particular sucesor aun sin ofrecerle el precio; excepto que la enagenacion se haga por los alimentos necesarios, ó quando el delito es tan oculto que no puede probarse, en los quales casos es aquella válida y lícita (*dic. n. vers. Et ex his infertur. Véase el n.* 2. *cap.* 2. *de este tom. y comp.*).

5 Si alguno infiere daño á otro en su persona ó bienes por culpa ó negligencia (en cuyo caso no se halla obligado á la pena sino al interes) tiene que restituirlo en conciencia, habiendo sido aquella lata, no si fué leve ó levísima (*dic. n. vers. Item etiam. Véase al Gom. en dic. n.* 5.).

6 Enagenando alguno sus bienes ántes de cometer delito por el que deben confiscarse, no puede el fisco despues revocar la enagenacion ni vindicar los bienes del que los posee, sino que aquella se haga con fraude expreso ó presuntivo. Expreso, si á presencia de algunos amigos dixo el delinqüente que enagenaba sus bienes, porque queria cometer un delito por el que se le habian de confiscar. Presuntivo, quando despues de la donacion ó venta se halla el reo poseyendo los bienes y percibiendo sus frutos, sin embargo de que haya transferido la posesion en otro por la cláusula de constituto ú otro modo ficto; y en varios casos que expresa nuestro Autor, siempre que á qualquiera de ellos y á los demas seme-

jan-

Universidad Rey Juan Carlos

jantes precediese enemistad capital, ó causa por la que era de creer ó presumir verosímilmente que intentaba cometer algun delito, y no de otra suerte: siendo digno de notar que en los dichos casos no se requiere prueba de fraude en el poseedor, porque las conjeturas que se deducen de ellos, lo inducen tambien en este (*núm.* 4.).

7 Tampoco puede el fisco revocar del poseedor los bienes que enagenó cometido ya el delito, bien fuese por título lucrativo, bien por título oneroso, excepto que hubiese fraude expreso ó presuntivo: teniendo lugar esta doctrina aunque la enagenacion se haga formalizada la acusacion, contestado el pleyto ó pronunciada la sentencia como se haya apelado de ella; bien que si despues se confirma, se revoca la enagenacion (*dic. n. vers. Si vero talis reus*, *ley 2. tít. 4. part. 5.*).

8 Lo expuesto no tiene lugar en los delitos que privan al reo de la administracion de sus bienes, ni en los crímenes que se castigan con la confiscacion de ellos *ipso jure*, porque toda enagenacion que se haga despues de cometido un delito de esta naturaleza, ha de revocarse, pudiendo el fisco vindicar del poseedor la cosa enagenada; pero se le permite al reo hacer todas las enagenaciones necesarias, como para satisfacer á los acreedores, para alimentarse, ó para reparar y conservar los bienes. De esta doctrina se infiere que solamente en los casos que por el delito se confiscan los bienes *ipso jure* ó se priva de la administracion de ellos, tiene lugar el sequestro (*dic. n. vers. Prædicta tamen. Véase el cit. n. 2. cap. 2. de este tom. y comp.*).

9 El tiempo en que el fisco puede pedir á los herederos del reo ó á qualquiera tercer poseedor los bienes confiscados ó *ipso jure* ó por sentencia, es el de cinco años contados desde el dia de la declara-

racion ó condenacion: y en el caso que se piden los bienes á un tercer poseedor como enagenados dolosamente, parece que debe ser dentro de quatro años, porque en este tiempo se prescriben las acciones revocatorias (*núm.* 5. *ley* 7. *tít.* 25. *part.* 7.).

10 Antes de executarse la sentencia de muerte ha de enviar el Juez al reo, Clérigo ó Religioso Sacerdote para que con él confiese sus pecados, concediéndole tiempo en que pueda prevenir todo lo que sea conducente á su conciencia y á su alma: de tal suerte que puede y debe el Obispo prohibir con censuras eclesiásticas, que el Juez Secular execute la sentencia sin otorgarle término para el dicho efecto. Y tambien ha de permitir el Juez que al reo se administre el Viático, por no haber razon que lo impida, ni poder subsistir la costumbre que haya en contrario como opuesta á derecho y á la caridad (*núm* 6. *ley* 7. *tít.* 13. *part.* 1.).

11 El Juez ó Ministro suyo puede aprehender la bestia de algun privado para llevár al malhechor en ella al lugar del suplicio, pagándole al dueño el jornal de los bienes de la República, porque la utilidad comun se prefiere á la privada. Asimismo pueden los mencionados compeler á alguna persona vil á que execute la dicha sentencia (*núm.* 7.).

12 No puede quitarse de la horca el cadáver del reo ni enterrarse por los consanguíneos ó amigos hasta que se haya obtenido la licencia del Juez, que pidiéndose se concede fácilmente (*n.* 8. *leyes* 7. *tít.* 13. *part.* 1. *y fin. tít.* 31. *part.* 7.).

13 Quando alguno por delito es desterrado de algun pueblo y durante el tiempo del destierro fallece, no puede traerse su cadáver al pueblo de donde se desterró para ser en él enterrado, hasta que el dicho tiempo se haya concluido (*dic. n. vers. Item adde.*).

14 Antes de darse sepultura al cadáver del ajusti-

Universidad Rey Juan Carlos

ticiado se puede entregar á los Médicos y Cirujanos para que de él hagan anatomía, por interesarse en ello la utilidad pública: y así lo respondió en el año de 1550 la Universidad de Salamanca, siendo consultada por el Emperador Cárlos V y su Consejo (*n.* 9.).

FIN.

Universidad Rey Juan Carlos

165

Universidad Rey Juan Carlos

Universidad Rey Juan Carlos

COMPENDIO
DE
GOMEZ